الخيار وأثره في العقود

مدخل إلى نظرية الخيار
ودراسة فقهيّة مقارنة لأحكام ٣٣ خياراً

تأليف
الدكتور عبد الستار أبو غدة

الجزء الأول

مباحث الخيار العامة ، والخيارات الارادية المشروعة للتروي

الخيار
وأثره في العقود

الطبعة الثانية
١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م

طباعة
مطبعة مقهوي
تلفون : ٢٤٣٣١٦٢ — ص.ب : ٣٠٦ الكويت

الطبعة الأولى
بكمية محدودة مخصصة للإهداء
١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م
طبع مكتب البنقسلي - حلب

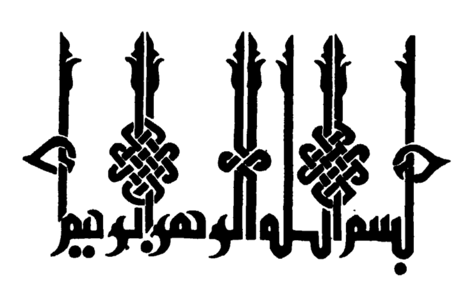
الخيار وأثره في العقود

مدخل إلى نظرية الخيار
ودراسة فقهية مقارنة لأحكام ٣٣ خياراً

تأليف
الدكتور عبد الستار أبو غدة

الجزء الأول

مباحث الخيار العامة ، والخيارات الارادية المشروعة للتروي


بسم الله الرحمن الرحيم



الطبعة الثانيـــة

كانت الطبعة الأولى من هذا الكتاب عام ١٩٧٥ أشبه بما يخصص للمؤلف في عقود الناشرين من نسخ مخصصة للاهداء ... فقد طبعته آنذاك بكمية محدودة مالبثت أن تبددت بالمتطلبات المعتادة عند التقدم لنيل الدرجات العلمية ، فضلا عما ضاع من النسخ مع ضوال البريد جملة وتفاريق .. ثم ما دعت الدواعي لاهدائه للاقران على سبيل التبادل ، أو الى بذله للباحثين الذين اتجهوا في دراساتهم صوب هذا الموضوع مفردين بالبحث خيارا ، أو زمرة ، من مشتملاته .

فلما أحسست – تحت وطء الحاجة – بضرورة تكرار طبعه بادرت الى تهيئة النسخة الوحيدة التي بقيت تحت يدى دون أن أجرى أي تغيير جوهري يخل بما كانت عليه صيغة الرسالة ، فقد قصرت اعادة النظر على التصويبات واحكام الربط بين مقاسم البحث وعناوينه ومراجعه .

هذا وما زالت البواعث التي دفعتني في حينه للكتابة في هذا الموضوع قائمة ، فبالرغم من تنوع الخبرات الاستشارية في التجارة والصناعة ، والتفنن البالغ في الوسائل الارشادية التي تصاحب اقتناء الأشياء ، لا يزال المتعامل بحاجة إلى شد أزره بالخيار سواء في ذلك الارادى المكتسب الذي يشترطه العاقد بما فطر عليه الانسان من الحرص على ما ينفعه ، أو الخيار الحكمي الموهوب من الشارع لتوفير الحد الأدنى من أسس التراضي الحقيقي الذي به تنتظم حياة الناس فيحصل لهم به الرفق ويرتفع به عنهم الجور .

واني لأسأل الله عز وجل أن يبارك في أوصال هذا العمل وأن يعينني لخدمة دينه لتقديم المزيد مما يوجه النظر إلى ما في الشريعة الاسلامية من الصيغ الحيوية التي تعتبر منارات وضوابط تؤدي إلى نزع التنازع وتحمي من غوائل الغرر والغبن والضرر والضرار . وبهذه الضمانات مع مبدأ (دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض) ، تكتمل للناس أسباب الحياة الطيبة التي يهنأ من يحياها ويحمد ما يصير اليه ، والله الهادي إلى سواء السبيل .

عبد الستار ابو غدة

البيان
المقدم عند المناقشة

البيـان
المقدم في مناقشة رسالة
« الخيار وأثره فى العقود »

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

أصحاب الفضيلة الأساتذة الأجلاء حضرات السادة الذين تفضلوا بالحضور إلى هذه القاعة .

وبعد ، فإن عناية هذه الأمة بالفقه فى الدين أمارة على أن الله يريد بها الخير ويلهمها الرشد ، وضمان لها من الارتكاس فى الجاهلية تتبع الأهواء وتمد الاكف لما تواضع عليه من قبلها – أو بعدها – من الملل والأمم (أفغير دين الله يبغون وله أسلم من فى السموات والأرض طوعا وكرها وإليه يرجعون)

ومن أوكد العناية بالفقه عرض أحكامه بالصورة التى تكشف عما فى دين الله من عمق وأصالة وعما يتسم به شرع الله من عدل وحكمة ، لما فى ذلك من تبيين محاسن الشريعة والتصديق العملى لما وسم الله به هذا الدين من الكمال واتمام النعمة به على متبعيه باعتباره الدين المرضى الذى لا سبيل للباطل إليه .

وبالرغم من أن صلوح الشريعة لكل عهد وبيئة أمر مقطوع بثبوته لا يسع المسلم جهله أو انكاره فلا مناص لحملة العلم من تقرير ذلك وإيضاحه عمليا بانتزاع الشبه من الافكار وازاحة الغشاوة عن الأبصار ، ومن جهة أخرى بتخليص المصنفات الفقهية مما حف بها من عسر وجمود عن مسايرة طرائق العرض الجديدة الميسرة للبحث والاطلاع ، وذلك بتقديم الفقه فى بحوث نقية المضمون حسنة الأسلوب فى شتى المستويات ، بدءا بالمقالات وانتهاء بالموسوعات ، اداء للأمانة التى استرعاها الله العدول من حملة العلم .

وحين كتب لى أن أسهم فى هذا المجال رأيتنى مشدودا إلى بحث الخيارات وأثرها فى التصرفات فى الفقه الاسلامى ، فقد اخترته موضوعا لهذه الرسالة حين أدركت ما لهذا الباب الفقهى من شأن خطير فى مجال المعاملات ، ذلك أن عماد المعاملات نظرية العقد وأن تلك النظرية تقوم عل أن أهم مصادر الالتزام هو العقد ، فالعقد ملزم لعاقده والتصرف مستتبع لآثاره من فور ولادته ، الا أن (الخيار) هو الفرصة المتاحة للعاقد للتحفظ من انطلاق قوة العقد فى الالزام والالتزام فى مساربها المحددة لها من الشارع فى حال الاطلاق : اما لسبب ناشىء من البداية بارادة العاقد قيامَ خيار مع العقد كلما رأى المعاملة التى يجريها متأرجحة بين تحقيق الحظوة له أو العكس ، وذلك فى الخيارات الارادية النشأة . وإما بسبب طارىء حين يظهر فى المعقود عليه أمر جعله الشارع موجبا قيام خيار لجبر الضعف الذى لحق بجانب أحد العاقدين بحيث اختل رضاه . والتراضى هو العمدة فى إباحة التبادل وبراءته من التداول بالباطل من وجوه الكسب .

وبهذا يتضح عظم شأن هذا الجانب من فقه المعاملات ، لأنه الحد الوسط بين إلزام الشخص بالعقود والتصرفات وتحميله آثارها كلما شاء الاقدام على التعاقد ، وبين تركه ضحية للتردد واحتياطه بالكف عن التعاقد خشية الحسرة والندامة .فبالخيار يتمكن من التعاقد مع ضمان خط الرجعة .هذا فى الخيارات الارادية أما فى الخيارات التى تثبت بحكم الشرع مباشرة دون تدخل الارادة ففيها عامل آخر من الأهمية فالخيار فيها مظهر من مظاهر العدل والمساواة بين ذوى الحقوق ، فالخيارات مشروعة لاقامة العدل بين المتعاملين ، لا بإيجاد التوازن الحسابى بينهم ، فذلك أمر متروك إلى نصيب كل شخص من المهارة (دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض) ولكن هذا لا يجيز تركهم هملا يتفارسون جهرة واغتيالا ، والعلاج الحكيم الذى نهجته الشريعة السمحة التدخل كلما لوحظ لجوء أحد الطرفين إلى طرق غير قويمة كالبائع الذى يدلس عيبا فيما يبيعه ويطمع فى تقاضى ثمن مبيع سليم ، أو يموه على المشترى ويغره أو يغبنه بعدما استأمنه .

وإن تطور وسائل العيش وتفاوت السلع التجارية وتعقيدها فى المظهر والمضمون ، وتعرضها لأنواع من الخلل بأسباب خفية كامنة فيها ، فضلا عن رواج التزييف والغش ، كل ذلك جعل العاقد ضعيفا حائرا لا يُقدم على المبادلة إلا بعد التروى وإمعان النظر ومشاورة المؤتمن الناصح ، ولا يتم له هذا (بصورة تحفظ عليه فرصة

التعاقد التى أتيحت له) إلا بالخيار ، إذ قد تضيق فترة التعاقد أو المساومة عن استيعاب طرائق التثبت من صلوح الشىء للحاجة أو حصول التكافؤ بين البدل والمبدل ، فضلا عما تكشفه طوارىء التعاقد اللاحقة بحيث تزعزع الثقة التى ابتنى عليها التعاقد أو تخدش طابع السلامة المفترضة أو تخل بالرغائب المشترطة ، وهذه العوارض ليس من مصلحة الطرفين إن تجتاح العقد من جذوره بالابطال الجازم ولا أن تدعه سلما يغتبط به من أساء صنعا ويكون على العاقد الآخر عبئا لا منجاة له منه . فلم يبق إلا أن يتصف العقد بعدم اللزوم ويمنح من شيبت ارادته (خيارا) يحق له به التمسك بالعقد أو تقويضه .

وبالرغم من فرط أهمية الخيارات لم تنشر فيها كتابة مستقلة شاملة لها من جهة ، ولا مستهدفة تقعيد احكامها وتكوين نظرية لها أو مدخل لتلك النظرية من جهة أخرى بالتعويل على الجوانب العامة . والتنقيب عن الخصائص التى ترتكز إليها الأحكام . كما أنه لم يسبق استيعاب الخيارات فى الدراسة فلم يزد ما درسوه منها عن بضعة عشر فى حين تناولت هذه الرسالة بالدراسة المفصلة بضعة وثلاثين خيارا . معظمها غادره المصنفون أو ذكروه متناثرا فى مواطن شتى يعسر الاهتداء إليها . .

والخطة التى ترسمتها فى كتابة هذا الموضوع تقوم على الفصل بين احكام الخيار كمبدأ عام (أو نظرية) وبين احكام الخيارات كتطبيق لتلك النظرية ، وقد استدعى ذلك : التصدير بذكر مباحث الخيار العامة لدراسة ماهية الخيار وتقسيمه وآثاره التشريعية ، ثم الاقبال على تلمس الأساس الذى ينطلق منه الخيار والخصائص المكتسبة بسببه ، والموقع الفقهى الذى نزله مع ما لذلك من اعتبارات وسمات ، ولم تنتقل الدراسة إلى صعيد آخر قبل التمييز الكاشف للخيار المراد بحثه لاقصاء ما اختلط به لتشابه الصورة او نازعه المهمة بحسب الظاهر وبادى الرأى .

وبعد الفراغ من البحوث التى تسرى فيها روح العموم والشمول شرعت فى دراسة الخيارات ليس كيفما اتفق ، ولا بحسب أهميتها العملية أو غزارة مادتها أو انقسامها إلى حكمى وارادى بل جعلت من الخيارات زمرا يقرن فيها الخيار بنظرائه لما بينها من وحدة فى الغاية والسبب وتقارب فى الطبيعة والاحكام.فبدأت بالخيارات المشروعة للتروى وتدبر المعاملة قبل الالتزام بآثارها وذلك كخيار المجلس وخيارَي الرجوع والقبول وخيار الشرط،ثم عالجت زمرة الخيارات التى شرعت لاستدراك ما فات العاقد من سلامة المبيع من العيوب وما هو بمعناها كتفريق الصفقة بأى صورة حصل ، ثم عطفت

إلى الخيارات الناشئة لتلافى وقوع الجهالة فى نواح من العقد كخيار الرؤية وخيار التعيين وخياري كمية الثمن وكشف حال المقياس. ثم تناولت زمرتين من الخيارات احداهما تمنح للعاقد كلما تعرض للتغرير بفعل فيه تضليل أو قول فيه كذب وخديعة كخيار النجش الذى يقيض فيه البائع شخصا يتقمص صورة المشترى بثمن كبير مع أنه لا يريد الشراء بل بهدف توريط المشترى ، وكذلك خيار تلقى الركبان وهم الغرباء عن البلد ، والزمرة الأخرى خيارات تثبت لوقوع الغبن فى غير البيوع الحرة كغبن المسترسل إلى البائع المستأمن له ، وغبن القاصر . ثم زمرة خيارات خيانة المشترى الذى أقدم على العقد دون مماكسة بل اعتمد رأس المال ليشتريَ بالمرابحة أو بالمساواة أو بالحطيطة عن الثمن الأول ثم ظهرت خيانة البائع لما اؤتمن عليه . وعقدت بابا للخيارات التى مبعثها اخلاف العاقد لما وقع الاتفاق عليه ، كفوات وصف مرغوب فيه، أو تخلف الشرط ، أو تفاوت المقدار الملتزم به فى العقد .

وقد ارتبط بتنفيذ العقد زمرتان من الخيارات احداهما لاختلال التنفيذ بتأخير الثمن أو احتباس منفعة المبيع بأمر يعوق تصرف المشترى والأخرى لامتناع التسليم للثمن أو المبيع كخيار النقد

ومعظم ما ذكرته خيارات عملية يجرى بها تعامل الناس دون تسميتها بأسمائها أو مراعاة أحكامها ، وبعضها غُمّي على المتعاملين أمرها فوقعوا فى حرج لا يدفعه إلا لواذهم بخيار يغنيهم عن الصورة البديلة التى تبتعد بهم عن نهج الشريعة . ولم آل جهدا فى مراعاة التسلسل المنطقى فى التبويب ودقة الانتقال من مقسم إلى ما يتلوه أو يوازيه لتمكين المطلع من الربط وادراك الصورة الكاملة لكل خيار فى فصله ولكل زمرة فى بابها المعقود لها ، كما يتضح من الفهارس .

وقد التزمت أن أربط تلك الخيارات بالواقع العملى معولا على العلل التى تدور عليها الأحكام ، ومنوها بالأعراف المعتبرة شرعا مع التنديد باتجاهات جمد فيها بعض المصنفين على صور من الاعراف دونت لمصلحة موقوتة فحسبوا أنها صارت قواعد شرعية ثابتة ، ومن الأمثلة البارزة لذلك فى خيار العيب : صور العيوب فى الأشياء ، وفى خيار الرؤية مفهوم الرؤية وما ينوب عنها ، وأثر العرف فى ذلك وأشباهه . كما عُنيت بالكلام عن مشروعية كل خيار واستعراض حجج المثبتين والنفاة لتأييد شرعيته أو

المنازعة فيها وما يقتضيه ذلك من تخريج الأحاديث والآثار ، ومقابلة كل دليل بما أورد عليه لتذهب الأدلة الداحضة جفاء ، ويمكث ما فيه نفع وقابلية للبقاء وجدارة بالرجحان من أى مذهب كان.وبعد الفراغ من أمر المشروعية استعرضت الخيار منذ ولادته إلى انتهاء أجله أو انتقاله إلى الوارث وشبهه مع الاشارة إلى معالم الخيار فى ساحة القضاء فى التقنينات الشرعية أو الوضعية .

وقد رحبت هذه الرسالة صدرا بجميع المذاهب المعمول بها – والتى لا بد من الاعتراف منها جميعا لحسن تمثيل الفقه الاسلامى – مع الاهتمام بالخلافيات من فقه السلف ، وعولت فى استقاء الأحكام على كتب المذاهب الأصيلة المعتمدة وبخاصة تلك المشتملة على الأدلة والعلل ، مع الافادة من كتب الفقه المقارن والفقه العام لحصر المواقف واستخلاص سبب الخلاف.وآثرت فى عرض المذاهب تمثيل الاتجاهات الفقهية وادراج المذاهب تحتها بما يقتضيه ذلك من اشتراك فى الاستدلال وتماثل أو تقارب فى الفروع،سواء رافق ذلك استقصاء المذاهب الثمانية (وهى الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي ، والزيدي والامامي والاباضي والظاهري) أو معظمها مع عقد المقارنة واستخلاص وجوه الخلاف والوفاق . وحرصت على العزو الجزئى لكل مسألة أو نص توثيقا للنقل مع التعقيب والمناقشة كلما اقتضى المقام ذلك وأثبت المراجع وبيان طبعاتها بآخر الرسالة . وبرئت قولا وعملا من التعصب المذهبى تحقيقا لأمانة النقل وسلامة المناقشة وجدارة الترجيح.ولم تكن العناية فى الحجج والأدلة أقل منها فى عرض المسائل والأحكام ، لأن الفقه الحق هو المحفوف بالأدلة ومنازع الاستنباط ، وإلا كان حشر المسائل عارية عن أدلتها ضربا من الارهاق للعقل والتحجير على الفكر واتباع ما وجد عن الآباء واقتفاء آثارهم،مع اغماض الطرف عن البواعث والعلل فيما ذهبوا إليه من مذاهب .

وأختم كلمتى هذه بالاعراب عن جزيل الشكر وخالص التقدير لأستاذنا العلامة المحقق فضيلة الشيخ الدكتور عبد الغنى محمد عبد الخالق لتفضله بالاشراف على هذه الرسالة والاطلاع عليها بالرغم من أعبائه الكثيرة .

وأعرب عن شكرى وتقديرى لفضيلة الأستاذ الدكتور /السيد خليل الجراحى ولفضيلة الأستاذ الدكتور محمد أنيس عبادة لتفضلها بالاطلاع على الرسالة ودراستها فى زحمة أعمالها العلمية الكثيرة . وأكرر شكرى لهذه اللجنة الكريمة مجتمعة وأتقبل بالاصغاء والتقدير والشكر المعجل لكل ما تبديه من ملاحظات معتبرا ذلك هدية علمية قيمة ودرسا لاحقا بالدروس التى تلقيناها منهم ومن أمثالهم من العلماء والمربين . كما أزجى شكرى لكل من تفضل بالحضور إلى هذه القاعة فى هذه الليلة المباركة من شهر رمضان داعيا الله أن يحتسب تلك الساعات من مجالس الذكر لتدارس فقه كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم والاشتغال بما استنبط منهما من الفقه الاسلامى العظيم وأسأل الله دوام التوفيق لخدمة دينه ورعاية شرعه .

والسلام عليكم ورحمة الله .

تقرير
لجنة المناقشة

تقرير عن

رسالة الخيار وأثره فى العقود

لنيل درجة الدكتوراة فى الفقه المقارن
مقدم من أعضاء لجنة المناقشة

حضرة صاحب الفضيلة ، الأستاذ الكبير : عميد كلية الشريعة والقانون (حفظه الله) سلام الله عليكم ورحمته ، وأمانه وبركته .

وبعـد :

في الساعة الثامنة من مساء يوم الاثنين : السابع عشر من شهر رمضان سنة ١٣٩٥ هـ ، والثانى والعشرين من شهر سبتمبر سنة ١٩٧٥ م — نوقشت رسالة « الخيار ، **وأثره فى العقود** » ، التى قدمها الشيخ : « عبد الستار عبد الكريم أبو غدة » ، لنيل درجة الدكتوراه فى الفقه المقارن ، مناقشة علنية بإحدى قاعات الكلية . وكانت لجنة المناقشة مكونة من الأساتذة : الشيخ السيد خليل الجراحى ، والشيخ محمد أنيس عبادة ، والشيخ عبد الغنى محمد عبد الخالق .

وانها لرسالة من النوع الخطير القوى ، والطريف الغنى ، تمتاز بخطورة موضوعها ، وجودة صنعها ، ودقة بحثها ، وروعة أسلوبها ، ووفرة عناصرها وحسن ترتيبها ، وجمال تنسيقها ، وسلامة طبعها . مع صحة المعلومات ، وصدق الاحالات ، وكثرة المراجع الأصلية ، والمصادر الوثيقة ، والمقارنة التامة في القضايا الفقهية ، والمسائل الخلافية ، والأمور الاصطلاحية .

وهى واقعة فى مجلد ضخم ، بلغ عدد صفحاته نحو ٦٠٨ من الصفحات الكبيرة .

وقد حدد صاحبها — فى بدايتها — موضوعها ، وميزه عن غيره من سائر

الموضوعات الفقهية . وبين أهميته وخطورته ، وفائدته وثمرته ، وسبب اختياره . ذاكرا : أنه دعاه إلى اختيار الكتابة فيه ما له من أهمية عظمى فى التشريع ، وما يسد من حاجة زمنية ملحة إليه،لما فيه : من خصيصة القصد بين الشدة واللين ، والتوسط بين الارتجال والتقاعس .

وبين ذلك بيانا شافيا ، قال فى آخره : « ولقد وجدت فى الخيارات الكثيرة مادة خصبة لتقييد سلطان الإرادة العقدية ، ورأيت فى كثرتها – التى تبرم بها بعض الكتاب فى الفقه – تربة صالحة لاحياء ما كان منها عمليا ، تمهيدا لاستنبات خيارات مستحدثة تحل مكان ما يجرى التعامل به : من صور بديلة لا تسلم من مؤاخذات شرعية » .

ثم قال : ,, وبالرغم من فرط أهمية الخيارات ، لم تنشر فيها كتابة مستقلة شاملة لها من جهة ، ولا مستهدفة تقعيد أحكامها ، وتكوين نظرية لها أو مدخل لتلك النظرية – من جهة أخرى . ,,

« أما استهداف تقعيد أحكامها ، فان الذين كتبوا فى الخيارات لم يزيدوا على التمهيد لها بمباحث صغيرة عن حكمة مشروعيتها ، وتعريف لفظ ,, الخيارات ,, عموما . وان توسع ناس منهم ، ذكروا فى مكان واحد أحكام ارث الخيارات الثلاثة (الشرط ، والعيب ، والرؤية) بالمقارنة بينها . والمقارنة غير التعويل على الجوانب العامة ، والتنقيب عن الخصائص التى ترتكز إليها الأحكام . »

« وأما استيعاب الخيارات فى الدراسة ، وخاصة غير الثلاثة المبوبة ، فانه لم يحصل حتى بالتعداد . اذ لم يعد العلامة ابن عابدين – وهو فى صدد أن يحصيها عدّا– سوى سبعة عشر خيارا للحنفية ، مع اشارته إلى أنها تبلغ الثلاثين . ولم يذكر صاحب ,, الأزهار ,, من الزيدية ، سوى ثلاثة عشر خيارا . »

وكذلك الامامية : فقد استقصاها صاحب « اللمعة » منهم ، فجعلها أربعة عشر ، وفيها ما لم يأخذ به أصحاب المذاهب الأربعة .ومعظم من كتب فى الخيارات. كتابة حديثة ، اقتصر على أحد الثلاثة المبوبة ، أو جمع بينها وزاد عليها بضع خيارات غيرها . ويصدق ذلك على العلامة الشيخ : أحمد ابراهيم بك ، فى كتابته المستقلة الموجزة ، عن العقود والشروط والخيارات (المذكورة : فى بحث مستقل ، نشر بمجلة

القانون والاقتصاد : س٤ع٦ص ٧١٢ - ٧٢٢ . وهو مطابق لما كتبه - بعدئذ - عن الخيارات ، فى كتابه : المعاملات الشرعية المالية ، الذى ألفه سنة ١٩٣٦م .

مع تفريقه أحكام الخيارات فى موطنين، باعتبار جريان خيارات الشرط والعيب والرؤية ، فى عقد البيع وغيره - ص ١٠٢ ، ١١٦ . ونحو هذا صنيعه فى مذكرته عن الالتزام (ص ...)

ويصدق هذا على ما جاء عرضا فى عدد من الكتابات الحديثة عن نظرية العقد » .

ثم قال : « وأنا أجتزىء بهذه الاشارة إلى إعواز موضوع الخيار عامة والخيارات المسماة (ال :الجزئية) ، إلى نشر بحث مستقل . . . » .

ثم بين أغراض دراسته الخاصة لهذا الموضوع : من القاء الضوء على الخيارات عامة ، ومن تجميع الخيارات فى زمر تنظم النظائر والأشباه ، ومن التركيز على فكرة الخيار بصورة عامة مستقلة عن الخيارات ، وتَقَصّي ما يتصل بالخيار من بحوث ومبادىء فقهية بعضها أدرجته المراجع الفقهية فى ثنايا الخيارات ، وبعضها مجتذب من مباحث العقود وخاصة عقد البيع . مع التعويل على ما فيه روح العموم والشمول ، لا الجمع التأليفي الذى لا تستعصى عليه قضية .

ثم بين طريقة بحثه ، وأشار إلى مصادر استمداده ، وذكر محتويات رسالته التى عقدلبحثها وتفصيل القول فيها ، عشرة أبواب رئيسية ، على أكبر جانب من الأهمية :

١ - عقد الباب الأول ، للكلام على مباحث الخيار العامة :

وهو مشتمل على أربعة فصول : (أولها) فى بيان ماهية « الخيار » وحقيقته واثبات مشروعيته ، وبيان أقسامه وفائدته . (وثانيها) فى الكلام على قاعدة الخيار وخصائصه .(وثالثها) فى الكلام على الموقع الفقهى للخيار .

٢ - وعقد الباب الثانى ، للكلام على زمرة خيارات التروى :

وهو مشتمل على خمسة فصول (أولها) فى خيار المجلس ، (وثانيها) فى خيار الرجوع ، (وثالثها) فى خيار القبول ، (ورابعها) فى خيار الشرط . (وخامسها) فى خيار

الحيوان (مما انفرد به الامامية ، ومرادهم به : حق مشترى الحيوان فى الرد خلال مدة معينة ، هى : ثلاثة أيام . وهو – عندهم – غير خيار المجلس الذى أخذوا به ، وغير خيار العيب) .

٣ – وعقد الباب الثالث ، للكلام على زمرة خيارات النقيصة :

وهو مشتمل على ثلاثة فصول : (أولها) فى خيار العيب ، (وثانيها) فى خيار الاستحقاق ، (وثالثها) فى خيار تفرق الصفقة .

٤ – وعقد الباب الرابع ، للكلام على زمرة خيارات الجهالة :

وهو مشتمل على أربعة فصول : (أولها) فى خيار الرؤية ، (وثانيها) فى خيار الكمية (أو : خيار معرفة قدر الثمن) ، (وثالثها) فى خيار كشف الحال (أو خيار معرفة مقياس البيع) ، (ورابعها) فى خيار التعيين (أو : خيار التمييز) .

٥ – وعقد الباب الخامس ، للكلام على زمرة خيارات التغرير (أو التدليس) :

وهو مشتمل – كذلك – على أربعة فصول : (أولها) فى خيار التدليس الفعلى بالتصرية وغيرها ، (وثانيها) فى خيار التغرير القولى ، (وثالثها) فى خيار النجش (الزيادة فى ثمن السلعة ، مع عدم ارادة الشراء ، لترغيب الغير فيها) ، (ورابعها) فى خيار تلقى الركبان .

٦ – وعقد الباب السادس ، للكلام على زمرة خيارات الغبن :

وهو مشتمل – أيضا – على أربعة فصول : (أولها) فى الكلام على « الغبن » بوجه عام : من بيان حقيقته ، وضابطه المعتبر وشرطه ، والخيارات المرتبطة به ، وموجب خياره . (وثانيها) فى خيار غبن المساومة (المجرد عن التغرير) (وثالثها) فى خيار غبن المسترسل (المستسلم لبائعه كما عرفه المالكية ، أو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة كما عرفه الحنابلة) ، (ورابعها) فى خيار غبن القاصر وشبهه .

٧ – وعقد الباب السابع ، للكلام على زمرة خيارات الأمانة :

وهو مشتمل على خمسة فصول : (أولها) فى بيوع الأمانة وخياراتها وطبيعتها ، (وثانيها) فى خيار المرابحة ، (وثالثها) فى خيار التولية ، (ورابعها) فى خيار الاشراك (أو : التشريك) ، (وخامسها) فى خيار المواضعة (أو : المحاطة) .

٨ – وعقد الباب الثامن ، للكلام على زمرة خيارات الخُلف :

وهو مشتمل على ثلاثة فصول : (أولها)في خيار فوات الوصف المرغوب ،(وثانيها) في خيار فوات الشرط ، (وثالثها) فى خيار اختلاف المقدار .

٩ – وعقد الباب التاسع ، للكلام على زمرة خيارات اختلال التنفيذ :

وهو مشتمل على فصلين :(أولهما) فى خيار التأخير للثمن ، (وثانيهما)فى خيار الاحتباس بحق الغير (أى : ظهور البيع مؤجرا ، أو مرهونا ، أو مزروعا) .

١١– وعقد الباب العاشر ، للكلام على زمرة خيارات امتناع التسليم :

وهو مشتمل على أربعة فصول : (أولها)فى خيار النقد – وهو : حق يشترطه العاقد للتمكن من الفسخ ، لعدم النقد . –(وثانيها)فى خيار تعذر التسليم ،(وثالثها)فى خيار تسارع الفساد ، (ورابعها)فى خيار التفليس .

ولقد قام الباحث الفاضل – فى كلامه على مباحث هذه الأبواب العشرة – بكل ما يتطلبه البحث الدقيق العلمى ، والجمع الشامل الغنى . فعرف « الخيار »العام ، وبين أقسامه المتنوعة ، وشرح حقيقة سائر الخيارات الجزئية التى وقف عليها وتعرض لبحثها ، وبين أحكامها عند القائلين بها ، ومواطن الخلاف فيها وذكر الأقوال المتعلقة بها من المذاهب الأربعة وغيرها ، وقرر أهم أدلتها،وأورد الاعتراضات الواردة على الكثير منها ، واختار قويها ، ورجح صحيحها،وفصل الكلام فى ذلك كله تفصيلا جيدا لا نظير له ، ولم يسبق إليه،ويشهد له بالخبرة التامة ، والاحاطة العامة ، وطول الباع ، وسعة الاطلاع . مع تخريج الأحاديث وسائر الشواهد التى أوردها واستشهد بها ، على وجه فنى ، وشكل تفصيلى ، يغبط عليه .

ثم قام بوضع فهرسين عظيمين : (أولهما)مصادر الرسالة ومراجعها ، التى رجع إليها ، واعتمد فى أحكامه عليها . وقد ذكرها مرتبة حسب الفنون ، ثم حسب الحروف . وقد بلغت نحو ١٧٥ مرجعا قيّماً أصيلا ، قديما أو حديثا، مخطوطا أو مطبوعا . (وثانيهما)لموضوعات الرسالة الاجمالية والتفصيلية ، أو الكلية والجزئية .

وكلاهما مفيد للغاية ، دال على الخبرة والبراعة .

ثم أما بعد،فهذا موجز عن موضوع الرسالة ومحتوياتها ، وسائر أعمال صاحبها فيها . نرجو أن يكون قد أعطى صورة صحيحة عنها .

ولقد وفق صاحبها فى اختيار موضوعها ، وفى صنعها ، وجمع شتاتها ، وترتيب عناصرها ، وتبويب مباحثها ، وفى ترجمة معانيها ، وصوغ عباراتها توفيقا عظيما فى غاية الظهور ، يدل على مجهوده الجبار ، واخلاصه الزائد واطلاعه الواسع ، وادراكه الواعى ، وتمكنه من البحث ، وقدرته على العمل ، وتفننه فى التعبير.

فلا غرو أن كانت الرسالة فريدة فى بابها ، فذة فى صنعها ، جامعة لسائر عناصر وجزئيات موضوعها ، مما لم يتحقق من قبل ، فى كتاب أو بحث مستقل. والفضل لله سبحانه.

وانها لتعتبر بحق مدخلا صحيحا لنظرية الخيار فى الفقه الاسلامى ، حيث فصلت القول فى بضعة وثلاثين من الخيارات المختلفة ، مع الاجادة البالغة.

ولقد ناقشته اللجنة فى الكثير من مباحثها العلمية ، وأمورها الشكلية ، فظهر لها – فى وضوح – رجحان عقله ، وبيان فضله ، وفهمه لما قرره ، وتثبته مما كتبه وحرره.

ولم تأخذ عليه خطأ علميا أو مطبعيا ، ولا تقصيرا فنيا أو شكليا. وإن كانت قد أخذت عليه أنه قد استشهد بعبارات علمية ، مشتملة على صيغ فنية ، تحتاج إلى شيء من التوضيح ، ليتمكن كل قارئ من فهمها ، ويعم النفع بها. وهو أمر لا يغض من حسنها ، ولا يحط من قدرها. وقد وعد بتداركه وتلافيه عند طبعها ونشرها.

وقد امتازت هذه الرسالة بمحاسن ظاهرة ظهور الشمس ، يبديها العيان ويدركها الحس وقد ذكرنا بعضها ، وأشرنا إلى غيرها. فلا داعى لتكرار ذكرها ، والتطويل بسردها.

فاقترحت اللجنة – بإجماع الآراء – أن يمنح صاحب هذه الرسالة ، الأستاذ الفاضل الشيخ : « عبد الستار عبد الكريم أبو غدة » السورى الجنسية، درجة العالمية (الدكتوراه) فى الفقه المقارن ، مع مرتبة الشرف الأولى ، وأن توصى ادارة جامعة

الأزهر بطبعها ونشرها ، وتبادلها مع الجامعات المصرية وغيرها لنفاستها وجودتها ، وعظم فائدتها . والله الموفق المعين ، وهو حسبنا ونعم الوكيل ، ، ،

فى ١٨ من رمضان سنة ١٣٩٥ هـ . ٢٣ من سبتمبر سنة ١٩٧٥ م .

السيد خليل الجراحى	**محمد أنيس عبادة**	**عبد الغنى عبد الخالق**
عضو لجنة المناقشة	عضو لجنة المناقشة	عضو لجنة المناقشة
		والمشرف على اعداد الرسالة

الخيار
وأثره في العقود

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمـة

موضوع الرسالة – أهمية الموضوع – أغراض الرسالة – طريقة البحث – خطة البحث .

الحمد لله حق حمده ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم رسله ، والرحمة والبركات على آل بيته ، والرضوان عن أصحابه وتابعيهم باحسان ، والجزاء الحسن للأئمة المجتهدين .

موضوع الرسالة :

لا بدّ لادراك موضوع الرسالة ادراكا تاما من التذكير بما تعارف عليه الفقهاء من تقسيم (الفقه) تقسيما تأليفيا[1] إلى سبع زمر ، وذلك بعد الاقتصار من أحكام الدين والشرع على الجانب العملي ، دون الاعتقاديّ والخلقي ، وهذا التقسيم الآتي يستوعب شئون الحياة العملية كلها ، ملبيا حاجات البشرية جمعاء ، محقّقا صلاحية الشريعة الاسلامية لايجاد المجتمع المثالي أولا ، ثم للحاكمية والفصل فيما يشجر بين أفراده وجماعاته من نزاع أو خصومات ثانياً.[2]

وفروع هذا التقسيم التأليفي هي :

١ – العبادات .

٢ – أحكام الأسرة (الأحوال الشخصية) .

٣ – المعاملات المالية .

٤ – أحكام الامامة الكبرى (الأحكام السلطانية) ، وتشمل بالاصطلاح الحديث : الحقوق الدستورية والادارية .

---

(١) المراد من التقسيم التأليفي ما يجمع فيه النظير إلى نظيره وهو هنا في أبواب الفقه ومسائله المتشاكلة . وسبب التقييد به كثرة التقسيمات للفقه باعتبارات مختلفة .

(٢) في الهدف الأول جاء قوله تعالى : « من عمل صالحا ، من ذكر أو أنثى ، وهو مؤمن فلنحيينه حياة طيبة » النحل /٩٧ وفي الثاني قوله سبحانه : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم . . . » النساء /٦٥ .

٥ - أحكام الجهاد (السير) وهى ما يطلق عليه الآن (الحقوق الدولية) .
٦ - العقوبات ، الشاملة للحدود والقصاص والتعازير .
٧ - المرافعات ، الشاملة للدعاوى وطرق الاثبات وطرق القضاء[١].

فاذا اتخذنا من هذا التقسيم منطلقا لتلمس موقع هذا البحث فيه وجدناه ينبثق من زمرة (المعاملات المالية) وقوامها العقود والتصرفات التى يجريها الأشخاص بقصد المبادلة ونحوها من الأغراض لتأمين حاجات التعايش البشرية فى ظل حياة اجتماعية آمنة .

وان من شأن العقود من بيع واجارة وشركة ونحوها ، أن تكون لها قوة ملزمة فورية ، وهى بمثابة التعهد الضمنى باحترام آثار العقد والوفاء بالتزاماته ، وفقا لما تقضى به هذه الآية الكريمة الفاذة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » والآية المعززة لتلك مع بيان الجزاء « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » ثم الآية الجاعلة منه أحد عناصر الفلاح : «والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون»(٢) ومفاد هذه الآيات أن يكون العقد ملزما لعاقده ، بحيث يفقد سلطته فى التفصّى منه ولو أصبح عبئا عليه وخسارة محققة فليس له أن ينقض مواثيقه أو يخلّ بمقتضاه .

وهنا يأتى موطن الخيارات باعتبارها فرعا من فروع نظرية العقد العامة ، والخيار معناه : تخويل العاقد ، فى ظروف محددة ، سلطة الرجوع عن العقد ، أو التحلل منه . وبعبارة أخرى : هو أحوال محددة تثبت بالاشتراط أو بتخويل الشارع من شأنها جعل مشيئة العاقد حكما فى امضاء العقد أو الانسحاب منه.ولا يغنى عن (الخيار) فى تحقيق خصائصه شيء من النظريات الأخرى كما سنرى عند مقارنته بها .

فالخيارات تقوم بنقل العقد من الحتمية (أى اللزوم بالتعبير الفقهى) إلى التردد (عدم اللزوم ، أو الجواز) فتكسب العقد مرونة لم تك فيه من قبل . وهذا النقل أحيانا يكون مباشرا بحكم الشارع ، وأحيانا يتطلب سبق التحفظ من العاقد بادراج شرط لمنع لزوم العقد أو للحصول على أكثر من مقتضاه الأصلى ، فى حال الاطلاق ، فهذا النوع

---

(١) المختارات الفتحية فى تاريخ التشريع الاسلامى ، ص ٢٥ المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقا، ف / ٢ موسوعة الفقه الصادرة عن المجلس الأعلى للشئون الاسلامية ١ / ٤٢ .

(٢) سورة المائدة /١ ، وسورة الاسراء /٣٦ ، وسورة المؤمنون /٨ .

يتوقف على ارادة العاقد الذى قد يوجس خيفة من رأيه المرتجل السريع فيتريث ليعيد النظر ويشاور قبل ابرام العقد.

أهمية موضوع الخيار :

دعانى إلى اختيار هذا الموضوع ما له من أهمية عظمى فى التشريع، وما يسد من حاجة زمنية ملحة إليه، لما فيه من خصيصة (القصد) بين الشدة واللين، والتوسط بين الارتجال والتقاعس. بيان ذلك أن المعاملات المالية التى هى عصب الحياة المادية ومحور الاقتصاد تقوم على نظرية العقد، فهى العمود الفقرى لها فى الدراسات الفقهية والحقوقية. وقد أدى ما حظيت به من اهتمام وما لقيته من عناية إلى أن تفسح المجال أمام بعض فروعها لتنمو وتبرز حتى كادت تضاهيها فى الأهمية، ومن الأمثلة على ذلك موضوعات (سلطان الارادة، والشروط العقدية، والعقد الموقوف، والفسخ ...) والمجال مفتوح أمام فروع أخرى، كهذا الموضوع ... وأن نظرية العقد فى روحها العامة تنصب على الجانب الايجابى وتتطلب زيادة القوة الالزامية للعقد الاّ ما يكون من اقتران العقد بالشرط أو الخيار، فان لذلك أثره فى التحفظ من انطلاق قوة العقد فى الالزام والالتزام فى مساربها المحددة لها من الشارع فى حال الاطلاق. لكن نوع التحفظ يختلف فى الشروط عنه فى الخيارات، فالشروط التى تقترن بالعقد تهدف إلى تعديل مقتضى العقد بتطلب أمر زائد فيه منفعة للعاقد، أما الخيارات فانّ التحفظ فيها بسلب لزوم العقد وتجميد مفاعيله، لسبب ناشىء من البداية بارادةِ العاقدِ قيامَ خيار مع العقد، أو بسبب طارىء حين يظهر فى المعقود عليه أمر جعله الشارع موجبا قيام خيار لجبر الضعف الذى لحق بجانب أحد العاقدين.

وللدلالة الدقيقة على أهمية نظرية الخيارات فى مجال المعاملات لابد من الاشارة إلى أن هناك اتجاهين فقهيين إزاء سلطان الإرادة العقدية :

أحدهما – يعنو لهيمنة العقد ولا يتيح مجالا لتعديل آثاره أو حبس قواه بعد التعبير عن ارادة العاقدين بصدور الايجاب والقبول والاتفاق على ولادة التصرف الحقوقى ..

الاتجاه الآخر– يستجيز التدخل لتليين ما فى العقد من صلابة فى صورته الصماء، ولزحزحة مقتضاه الأصلى الذى لا يعبأ فيه بملابسات التعاقد وطوارئه.

وإذا نظرنا إلى المذاهب الفقهية وجدناها قد آثرت مراعاة أحد الاتجاهين فدانت له حتى اصطبغت مواقفها وتفريعاتها بصبغته ، مع أن المأمول هو الاتجاه الوسط ، وفى سبيل الوصول إليه تخلت المحاولات التشريعية ومواقف الترجيح والاختيار عن التحيّز إلى أحد الاتجاهين المتنابذين وعكفت على تضييق شقة الخلاف والأخذ من كل منهما بنصيب حتى يكسر حرّ أحدهما برد الآخر ، فيتم الوصول إلى الموقف الوسط وهو اتجاه جديد يجتذب إليه محاسن الطرفين ويتخفف مما فيهما من أوزار .

ومن هنا نشطت البحوث الجديدة فى فروع معينة من نظرية العقد كالشروط ، والفسخ ، والعقد الموقوف ، والاقالة ، ولا تقل عنها فى الأهمية (الخيارات) بنوعيها الارادى الثابت بالاشتراط ، والحكمى الذى يتدخل الشارع فيثبته ويكفي العاقد مئونة المطالبة به .

وان تطور وسائل العيش وتفاوت السلع التجارية وتعقيدها فى المظهر والمضمون وتعرضها لأنواع من الخلل بأسباب خفية كامنة فيها ، فضلا عن رواج التزييف والغش ، كل ذلك جعل العاقد ضعيفا حائرا لا يقدم على المبادلة الاّ بعد التروى ، وامعان النظر ، ومشاورة المؤتمن الناصح ولا يتم له هذا (بصورة تحفظ عليه فرصة التعاقد التى أتيحت له) بالخيار ، إذ قد تضيق فترة التعاقد أو المساومة عن استيعاب طرائق التثبت من صلوح الشىء للحاجة أو حصول التكافؤ بين البدل والمبدل ، فضلا عما تكشفه طوارىء التعاقد اللاحقة بحيث تزعزع الثقة التى ابتنى عليها التعاقد ، أو تخدش طابع السلامة المفترضة،أو تخل بالرغائب المشترطة . وهذه العوارض ليس من مصلحة الطرفين أن تجتاح العقد من جذوره بالابطال الجازم ولا أن تدعه سليما يغتبط به من أساء صنعا ويكون على العاقد الآخر عبئا لا منجاة له منه ، فلم يبق الا أن يتصف العقد بعدم اللزوم ويمنح من شيبت ارادته (خيارا) يحق له به التمسك بالعقد أو تقويضه ، وهذا الحل هو الأمثل ، لتخففه من كثير من القيود فى صيغ أخرى ، كالبطلان أو الفساد أو التوقف .

ولقد وجدت فى الخيارات الكثيرة مادة خصبة لتقييد سلطان الارادة العقدية ، ورأيت فى كثرتها (التى تبرّم بها بعض الكتاب فى الفقه) تربة صالحة لإحياء ما كان منها عمليا،تمهيدا لاستنبات خيارات مستحدثة تحل مكان ما يجرى التعامل به من صور بديلة لا تسلم من مؤاخذات شرعية .

وبالرغم من فرط أهمية (الخيارات) لم تنشر فيها كتابة مستقلة شاملة لها من جهة ، ولا مستهدفة تقعيد أحكامها وتكوين نظرية لها أو مدخل لتلك النظرية من جهة أخرى .

أما استهداف تقعيد أحكامها فان الذين كتبوا فى الخيارات لم يزيدوا على التمهيد لها بمباحث صغيرة عن حكمة مشروعيتها ، وتعريف لفظ الخيار عموما ، وأن توسع ناس منهم ذكروا فى مكان واحد احكام ارث الخيارات الثلاثة المبوبة (الشرط ، والعيب والرؤية) بالمقارنة بينها ، والمقارنة غير التعويل على الجوانب العامة والتنقيب عن الخصائص التى ترتكز إليها الأحكام ..

وأما استيعاب الخيارات فى الدراسة ، وخاصة غير الثلاثة المبوبة ، فانه لم يحصل حتى بالتعداد ، اذ لم يعدّ العلامة ابن عابدين – وهو قد أحصاها عدّا – سوى سبعة عشر خيارا للحنفية مع اشارته إلى انها تبلغ الثلاثين[1]، ولم يذكر صاحب « الازهار » من الزيدية سوى ثلاثة عشر خيارا ، وكذلك الامامية فقد استقصى صاحب اللمعة من الامامية فجعلها أربعة عشر ، وفيها ما لم يأخذ به أصحاب المذاهب الأربعة[2] . ومعظم من كتب عن الخيارات كتابة حديثة اقتصر على أحد الثلاثة المبوبة أو جمع بينها وزاد عليها بضع خيارات غيرها ، ويصدق ذلك على العلامة الشيخ أحمد ابراهيم بك ، فى كتابته المستقلة الموجزة عن العقود والشروط والخيارات)[3] وعلى ما جاء عرضا فى عدد من الكتابات الحديثة عن نظرية العقد .

---

(١) رد المحتار ٤ /٤٥ – ٤٦ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١ / ٣٢٢ والتاج المذهب ٢ /٣٩٠ والمنتزع المختار شرح الأزهار ٣ /٨٥ والبحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للمهدى ٣ /٨٥–٩٨ .

(٣) هو بحث نشره فى مجلة (القانون والاقتصاد) بمصر ، السنة الرابعة ، العدد السادس ١٣٥٣ هـ = ١٩٣٤ م . الصفحات ٧١٢ – ٧٢٢ وهو مطابق لما كتبه بعدئذ عن الخيارات فى كتابه « المعاملات الشرعية المالية » الذى ألفه سنة ١٩٣٦ مع تفريقه أحكام الخيارات فى موطنين باعتبار جريان الخيارات الثلاث (الشرط ، العيب ، الرؤية) فى عقد البيع وغيره ، فذكرها فى قسم العقود (ص ١٠٢) ثم كرّر ذكرها (ص ١١٦) فى البيع متبوعة بالخيارات التى لا تجرى الاّ فى البيع . ونحو هذا صنيعه فى مذكرته عن الالتزام .

وأنا اجتزىء بهذه الاشارة إلى افتقار موضوع الخيار عامة ، والخيارات المسماة،إلى نشر بحث مستقل . أما تفصيل مواقف المذاهب والمصنفات الفقهية من الخيارات اعتبارا واهتماما ، فلا متّسع له فى هذه النبذة الاجمالية . وأستظهر لبيان أهمية هذا الموضوع بإيراد مقاطع لبعض الباحثين من علماء الفقه والقانون نوّهوا فيها بما للخيارات من أهمية بالغة : قال الدكتور حسن الذنون : علماء الشريعة يقولون : ان باب الخيارات من أهم مباحث عقد البيع ، وهم يعتقدون ان الخيارات هى المضمار الذى يتسابقون فيه ، لأنهم وجدوا فيها مجالا واسعا للدقة وعمق النظر وبراعة الصناعة والتحقيق حيث إنها تبنى على مزيج من الأدلة من عقل ونقل وعرف وتقاليد ، أى شرع واعتبار وعادة(١) .

وقال الأستاذ مصطفى الزرقا بعدما أشار إلى كثرة الخيارات : الفقه القانونى الحديث يتجه إلى توسيع نطاق حق فسخ العقود اللازمة فى الحالات الطارئة ، ولا سيّما حالة اخلال أحد العاقدين بتنفيذ التزاماته فى مواعيدها . . وهذا يتفق مع روح الفقه الاسلامى (٢) .

أغراض هذه الدراسة :

من خلال ما أوضحت من جوانب الأهمية فى هذا الموضوع يتبين ما تهدف إليه هذه الدراسة الخاصة بالخيارات فهى محاولة للوصول إلى الأغراض التالية :

١ - القاء الضوء على الخيارات عامة ، ولا سيّما تلك التى غادرها أكثر المصنفين من الفقهاء ، أو لم يعطوها ما تستحقه من معالجة . وهذه الخيارات التى اقتحمتها أبصار المؤلفين ليس نسبها واحدا بل لكل من المذاهب وجهة فى الأخذ منها بنصيب . وهذا العامل جعل الباحثين المذهبيين يقتصرون من الخيارات على ما تثبته مذاهبهم ، أما هذه الدراسة فقد كانت دعوتها جَفَلى للخيارات جميعها ، أى أخذت بوجهة نظر المثبتين حين يكون الخيار مختلفا فيه ، توصّلا لذكر الخيار لا تأييدا لمشروعيته فذلك يقع أو يمتنع بحسب رجحان الأدلة .

---

(١) النظرية العامة للفسخ ، للدكتور حسن على الذنون ١٢٦ .

(٢) المدخل الفقهى العام ، للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ف/٢٠٨ .

٢ – تجميع الخيارات فى زمر تنتظم النظائر والأشباه ، وذلك لادراك الشبه بينها فى السبب أو الغاية ، والتماثل فى بعض الأحكام ، وقد روعى فى هذا التجميع معظم خصائص الخيار فكان الغرض منه موضوعيا وظهر أثره فى التبويب ، وهو غير التصنيف للخيارات بحسب خاصة واحدة ، فذلك جانب احصائى قد يسلك فيه الخيار الواحد فى أكثر من موطن .

٣ – التركيز على فكرة (الخيار) بصورة عامة مستقلة عن (الخيارات) وتقصّى ما يتصل بالخيار من بحوث ومبادىء فقهية ، بعضها أدرجته المراجع الفقهية فى ثنايا الخيارات ، وبعضها مجتذب من مباحث العقود وخاصة عقد البيع ، مع التعويل على ما فيه روح العموم والشمول ، لا الجمع التأليفي الذى لا تستعصى عليه قضية .

وان هذه المباحث محاولة لتكوين نظرية عامة للخيارات ، أو على الأقل لتقديم مدخل إلى تلك النظرية حيث إن إيضاح معالم تلك النظرية من شأنه أن يمد الخيارات الصغيرة بالتفريعات والصور التطبيقية التى لم يعن بها من أخذ بتلك الخيارات .

وفضلا عن ذلك أن الوقوف على نظرية عامة للخيار من أغراضه الفصل فى امكانية استحداث خيارات جديدة تؤدى نظير المهام التى تؤديها الخيارات المسماة المعروفة [١] . ذلك أن فى الواقع العملى بعضَ حالات من جنس الخيارات – ولو لم تدع بهذا الاسم – يكفي أنها يسرى فيها الروح السارى فى الخيارات أجمع ، وهى فكرة المشيئة بين فسخ العقد وبين امضائه ، ولو مع اقتران بديل أو رديف للفسخ أو الامضاء .

طريقة البحث ، ومصادر استمداده :

عولت فى بيان الخيارات ، من حيث مشروعيتها وأحكامها وآثارها ، على كتب المذاهب نفسها ، فلم أعوّل على كتاب فى مذهب ما مرجعا لأحكام مذهب آخر ولم أنقل منه الّا بيان مذهبه ، باستثناء ما تشتمل عليه كتب المذاهب من ايرادات

---

(١) ليس جلاء هذه النقطة فى خطة هذه الرسالة ، فذلك موطنه المناسب البحوث الطليقة عن قيود الزمن وطريقة البحث ، لتتكفل باحتواء الآراء الشخصية مهما كانت طازجة وتخضع لنطاق أوسع من ابداء الرأى والأخذ والرد ، فى صورة كتيبات أو مقالات .

ومناقشات ، فهذه دُولة بين المذاهب ، أما الأدلة الذاتية فلا أستقيها الاّ من كتب المذهب نفسه ما وسعنى ذلك ، لأنه يقع لأصحاب المذاهب نقل أقوال ضعيفة دون بيان ضعفها ، أو مقيدة دون ذكر القيود والتفاصيل وتحرير الفروق ، عن غفلة غالبا وعن تعمد فى بعض الأحيان ليكون من السهل الرد على غير مذهبهم .

وراجعت كتب الفقه المقارن وكتب الخلاف لحصر وجوه المسألة ، لا للاكتفاء بما تورده تلك الكتب من فقه المذاهب ، على انى لم أجد ضيرا فى النقل منها لعقد المقارنة أو استخلاص سبب الخلاف وبخاصة ما يورده ابن رشد (الحفيد) فى بداية المجتهد .

أما فى كتب المذهب الواحد فقد يمّمت وجهي إلى أوثق مراجعه مما يمثل الراجح والمفتى به مع ايثار الكتب الحافلة بالأدلة من نصوص وأقيسة ، وجهدت فى نقل الأحكام بتدقيق وأمانة بعيدا عن التعصب لمذهب ، أو ترجيحه إلاّ لقوة الاستدلال .

وبالنسبة لعدد المذاهب كان يشدنى أمران :

أولها : أنها من طينة واحدة وأنها ركائب متحدة الوجهة بينها تكافؤ وتكامل .
والثانى : ان لكل منها أصولا تختلف عن أصول الآخر ، لكن اختلاف أصولها لم ينشأ عنه خلاف حتمى فى الاحكام بل كثيرا ما تماثلت الأحكام مع اختلاف المنازع .

والأمر الأول يغرى بالاجتزاء بمذهب أو اثنين عن الجميع ، فى حين يدعو الأمر الثانى إلى استقصائها بالرغم مما فيه من عناء ومشقة . وبالموازنة بين هذين العاملين المتجاذبين سلكت طريقا وسطا هو الاهتمام بالاتجاهات فى المذاهب الفقهية كلها ، لا الالتزام بسرد آرائها بجميع دقائقها . وما بينهما من الفرق غنىّ عن التوضيح.ولم يكن لى بد من ذلك لكثرة ما رأيت من التكرار المتشابه أو المتماثل (ولا سيّما بين المذهبين الشافعى والحنبلى ، وبين الحنفي والزيدى ، وبين الامامى وكل من الحنفي والشافعى) حتى كادت المذاهب الثلاثة الأولى فى النشأة تكفي الباحث مئونة ما وراءها غالبا .

وهناك دافع آخر لسلوك هذا المنهج الوسيط هو خفاء أحكام بعض الخيارات فى مذهب ما واعتناء غيره به عناية تريح من الضرب فى متاهات يكثر معها الرجوع بخُفّيْ حُنين ..

وسيجد المطلع على هذه الرسالة آثارا لدلاء المذاهب المدونة كلها:الأربعة التى استمر العمل بها على مدى الأزمان وغطى كل صوب وجهة وتقاربت أصولها ومشاربها وهى (الحنفي ، والمالكى ، والشافعى ، والحنبلى) بالاضافة إلى المذاهب الأربعة الأخرى التى حظيت بالتدوين والعمل (الامامى ، والزيدى ، والاباضى ، والظاهرى) مع ما استيسر من هدى فقهاء السلف الذين لم تدون مذاهبهم تدوينا كاملا أصوليا أو انقرضت كتبهم واتباعهم ولم يبق عنهم الآ آراء منثورة فى كتب الخلاف ، وفى مطولات المذاهب المدونة التى تعنى بالمقارنة .

وبمناسبة الاشارة إلى تلك المطولات لم يعد خافيا ما للمصنفات الفقهية (وبخاصة ما انبسط منها وكان موسوعيّ الصورة) من أثر فى اغناء الثقافة الحقوقية الأصيلة ، ودور فى بيان الشريعة والترجمة الصادقة لصلوحها رحمة للعالمين ، بالرغم من حاجة الفقه الشديدة إلى جلاء نظرياته بعد أن ضيّعها بعض من احتجب عنه الرشد من أبنائها ، فحرمت من التطبيق العملى وأضحت حبيسة الكتب (التراثية) بسبب الركود فى تحرير المضمون وتطوير الأسلوب بما يجعل الفقه الاسلامى ، وهو الجسم الذى حلت فيه روح الشريعة ، كافيا لحاجة العصور ، مسعفا للأجيال التى عودتها المدنية الحديثة أن ترى جنى العلوم والفنون دانيا إليها من غير معاناة أو جهد .

وفى عرض الأحكام ومواقف المذاهب لم أستروح إلى تعليق الخلافات مضافة إلى المذاهب إضافة متفرقة ، بل استخلصت الاتجاهات والآراء التى تشعب الخلاف إليها ، وجعلت ذكر المذاهب مضافا إلى تلك المواقف كلما كان ذلك ممكنا وعمليا،تحاشيا من تكرار ذكر المسائل والفروع .

كما حرصت كل الحرص أن أرحب صدرا بالحجج والأدلة التى تحفل بها كتب المذاهب وكتب الفقه المقارن والخلاف لأن الفقه الحق هو المحفوف بالأدلة ومنازع الاستنباط ، وإلا كان ذكر المسائل عارية عن الاحتجاج ضربا من الارهاق للعقل والتحجير على الفكر واتباع ما وجد عن الآباء واقتفاء آثارهم مع اغماض الطرف عن البواعث أو العلل فيما ذهبوا إليه من مذاهب . على أنه ليس خلو الحكم فى المراجع الفقهية عن الدليل مدعاة لحرمانه من ذكره ودرسه ، لا سيما أن معظم ما تسارع إليه النشر من مصنفات كانت مما حفل بالمسائل مقطوعة عن الدلائل . .

خطة البحث ومعالمه :

أقدم بين يدى هذا الموضوع معالم الخطة التى سلكتها فى دراسته ، مع الربط بينها وبين ما تطرّق إليه الكلام فيما سبق من نقاط ذات صلة بالخطة .

وسيبدو جليّا من النظر فى المخطط الاجمالى الآتى بيانه ، الاستهلال بالأحكام العامة والمكث معها مجلسا طويلا جامعا لمتفرقاتها إلى أن حان التفرق منه إلى استعراض الخيارات للدراسة والمناقشة وبيان الأحكام والتطبيق العملى فى الواقع وأمام القضاء . وقد سيقت الخيارات إلى منازلها فى الدراسة زمرا ، بدلا من ذكرها فرادى كيفما اتفق أو بحسب الأهمية أو سعة المادة ، ولم أقنع بالتقسيم البسيط لها إلى حكمية الثبوت وارادية المنشأ ، لأنه خفيف الفائدة ميسور المعرفة ، فكلها حكمية لا تحتاج إلى اشتراط العاقد الاّ النزر اليسير .

وقد اشتمل الموضوع على الخيارات التى عقد لها المصنفون أبوابا أو نثروها فى ثنايا أحكام البيع (أكبر العقود وأهمها والمجتذب كل ما عمّ من أحكامها) واستبعدت من ذلك الخيارات المتصلة بالأحوال الشخصية (الزواج والطلاق وما إليهما) أى ما لم يكن خيارا متصلا بالمال والمعاملات المادية ، سواء ما كان من خيارات (النكاح) منحصرا فيه أو معروفا كذلك فى (باب الأموال) كخيار العيب لكن اكتسى بتطبيقه فى الأحوال الشخصية طبيعة أخرى من حيث أنواع العيوب وموجب الخيار فيها بالتفريق ونحوه مما يجافى الخيار القائم على الامضاء أو الرد بارادة صاحب الخيار المطلقة غالبا . ولا يخفى أن تلك الخيارات المستبعدة معظمها ارتبط وجوده بتطبيق الرق .

وقد أربت الخيارات التى انتظمتها الدراسة على الثلاثين بثلاث ، مع اشتمال بعضها على أكثر من خيار لم يحسن استقلاله ، من قلة أو ضعف أو ندرة . وان حصر الخيارات فى هذا العدد ، دون تجاوزه أو التقاصر عنه كان مراعاة للتباين الكبير بين طبيعتى خيار وآخر واختلاف السبب والاحكام مع محاولة استقطاب الخيار الواحد لما يصلح أفرادا له بسبب وجيه ، بعيدا عن الرغبة فى التكاثر وهو الاستدراك والازدياد (ودين الله بين الغالى والمقصّر) فهى بضعة وثلاثون خيارا بحسب هذا الحصر العلمى فى هدفه وطريقته ، ولو فسح المجال أمام البواعث غير العلمية لأنافت الخيارات عن الأربعين ، مع أن العدد الأكبر الذى أشار إليه المؤلفون الذين اعتنوا بها هو الشطر مع

النقص منه قليلا أو الزيادة عليه ، لكن التمحيص فى حقيقة الخيارات المذكورة لدى المذاهب وخصائص استقلالها أو اندماجها أدى إلى استبعاد قدر كبير منها ، اما لفقدان روح الخيار فيه وكونه حكما جزئيا فيه تخيير بين أمرين غير الفسخ والاجازة ، أو لأنه لا يعدو كونه فردا من أفراد خيار واسع المجال ذى صور اشتهر بعضها حتى اعتبر خيارا برأسه . ومع هذا لا أدعى تحقيق ما أردت من استيعاب ، ولا أزعم صواب اجتهادى كله بل أرضى بما رضيه لنا امام المجتهدين من مباعدة الاثم للمجتهدين غير الجائرين ، واتحافهم بالأجر مفردا أو مضاعفا . .

ومخطط هذه الدراسة من حيث التبويب الاجمالى هو :

الباب الأول : (العام) ويتناول (مباحث الخيار العامة) لدراسة ماهية الخيار ، وتقسيمه ، وآثاره التشريعية ثم الاقبال على تلمس الأساس الذى ينطلق منه الخيار والخصائص التى اكتسبها بسببه والموقع الفقهى الذى نزله مع ما لذلك من اعتبارات وسمات . ولم تنتقل الدراسة إلى صعيد آخر قبل التمييز الكاشف للخيار المراد بحثه لاقصاء ما اختلط به لتشابه الصورة ، أو نازعه المهمة بحسب الظاهر وبادى الرأى .

فإذا تم هذا المراد اختصت زمر الخيارات بأبواب مستقلة بكل زمرة ، وانفرد كل خيار بفصل يلقى فيه قسطا وافرا من البيان لقضاياه فى فروع ومباحث ومطالب . .

فالباب الثانى :لزمرة خيارات التروى (المجلس ، والرجوع ، والقبول ، والشرط وخيار يشبهه ويثبت حكميا يختص بشراء الحيوان) .

والباب الثالث : مخصص لخيارات النقيصة (العيب ، وتفرق الصفة بمثل استحقاق المبيع لغير العاقد أو هلاك جزء منه . .) .

والباب الرابع : يشتمل على خيارات مدعاها جهالة تفشو فى جوانب العقد (كخيار الرؤية ، أو كمية الثمن ، أو كشف حال المقياس ، وخيار التعيين) .

والباب الخامس : معقود لخيارات التغرير (خيار التدليس الفعلى ، والتغرير القولى ، والنجش للوصول إلى ثمن خيالي ، وخيار تلقى الركبان لشراء ما جلبوه بأبخس الأثمان) .

والباب السادس : اشتمل على مجموعة من الخيارات تحقق فيها الغبن (غبن المساومة ، وغبن المسترسل ، والقاصر ونحوه) .

والباب السابع : لخيارات بيوع الأمانة ، القائمة على بيان الثمن الأصلى (المرابحة ، والتولية ، والاشراك ، والمواضعة) .

والباب الثامن : لخيارات باعثها الخلف بما وقع العقد عليه (فوات الوصف المرغوب ، وفوات الشرط ، واختلاف المقدار) .

والباب التاسع : لزمرة من الخيارات فى قضايا اختل فيها تنفيذ العقد (اللاأخير للثمن ،وبيع المأجور ، أو المرهون ، أو المزروع) . . .

والباب العاشر (الأخير) : لزمرة مشابهة لكن امتنع فيها التسليم (خيار النقد ، وتعذر التسليم ، وتسارع الفساد فى الشىء المعقود عليه ، ثم خيار يمنح للبائع عند افلاس المشترى ليسترد عين المبيع الذى لم يدفع ثمنه) .

والله أسأل أن يتقبل ما وفقنا إليه من عمل صالح ويستر بعفوه ومغفرته ما وقع من زلل ، وأن يوفقنا لنصرة دينه ورعاية شرعه .



الباب الأول
مباحث الخيار العامة

وفيه أربعة فصول

الفصل الأول : ماهية الخيار ومشروعيته
الفصل الثانى : قاعدة الخيار وخصائصه
الفصل الثالث : الموقع الفقهى للخيار
الفصل الرابع : تمييز الخيار عن أشباهه



الفصل الأول
ماهية الخيار

وفيه ثلاثة فروع

الأول : تعريف الخيار ومشروعيته
الثانى : تقسيم الخيار
الثالث : فائدة الخيار

الفرع الأول
تعريف الخيار ومشروعيته
المبحث الأول
تعريف الخيار (بوجه عـام)

تعريف الخيار فى اللغة :

الخيار فى اللغة اسم مصدر[1] من (الاختيار) وهو الاصطفاء والانتقاء ، والفعل منهما (اختار) . وقول القائل : أنت بالخيار – وبالمختار وعلى المتخيَّر – معناه اختر ما شئت . وخيره بين الشيئين معناه : فوض إليه اختيار أحدهما . وخيره فى ثلاثة : جعل له أن يختار واحدا من الثلاثة . والفعل المطاوع لِخيَّر : اختار وتخيّر واستخار . ومثل (الخيار) فى ذلك كله (الخِيَرة) بكسر الخاء وفتح الياء أو تسكينها .

أما المعنى اللغوى للخيار فى موضوعنا هذا فهو – كما فى النهاية واللسان والتاج – اصطفاء خير الأمرين : امضاء البيع أوفسخه [2] .

تعريف الخيار فى الشرع :

وليس المعنى الشرعى الاصطلاحى ببعيد عن المعنى الذى ذكره علماء اللغة ، فهذا من أمثلة التطابق بين المعنيين اللغوى والشرعى [3] ، والخيار

---

(١) اسم المصدر : ماساوى المصدر فى الدلالة وخالفه بخلوه (لفظا أو تقديرا) من بعض ما فى فعله دون تعويض (شرح الألفية لابن عقيل) ، باب اعمال المصدر ج ٢ /٧٥ ولما خلت كلمة (خيار) من حرفى الألف والتاء ، وهما فى الفعل (اختار) ، كانت اسم مصدر لا مصدرا .

(٢) مقاييس اللغة لابن فارس مادة خير (وموقعها فى ترتيبه الخاص ج ٢ /٢٣٢) ، وأساس البلاغة للزمخشرى ، والنهاية لابن الأثير ، وتهذيب الأسماء واللغات للنووى ، والمصباح المنير ، والقاموس وتاج العروس ، ولسان العرب ، ومعجم متن اللغة ، والمعجم الوسيط (كلهن مادة خير) والكليات لأبى البقاء ص ٢١٤ .

(٣) بجامع الحقائق وشرحه منافع الدقائق ص ٨٣ .

في الاصطلاح الفقهي له تعاريف كثيرة الاّ أنها في الغالب تناولت هذا اللفظ مقرونا بلفظ آخر لأنواع الخيارات دون أن يقصد بالتعريف (الخيار) عموما ، على أنه يمكن استخلاص تعريف للخيار من حيث هو من خلال تعاريف أنواع الخيار بأن يقال : هو حق العاقد في فسخ العقد أو امضائه ، لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي . ولتحليل هذا التعريف لا بد من تعجيل الاشارة إلى هذا المبدأ الفقهي ، وهو أن العقد بعد إبرامه يمتنع انفراد أحد العاقدين في فسخه ، الاّ بتخويل الشارع أحد العاقدين أو كليهما حق الفسخ ، بأن يجعل للعاقد الخيار بين المضي في العقد وبين فسخه وذلك لأحد الأسباب التي اعتبرها الشارع مسوغة لحق الخيار ، أو لاتفاق سابق بين العاقدين على منح هذا الحق لأحدهما أو كليهما .

المبحث الثاني

مشروعية الخيار

درج الفقهاء المصنفون عند بحث المشروعية في صدور الأبواب الفقهية على اعتماد دليل الاقرار النبوي في كل ما بعث النبي (ﷺ) والناس يتعاملون به فأقرهم عليه من غير نكير ، كالبيع والاجارة والرهن من حيث أصل تلك المعاملات بعيدا عما يلابسها من شوائب تكفلت النصوص الشرعية الواردة فيها بتنقيتها منها وهذا بقطع النظر عن ورود أدلة خاصة بها من النصوص والاجماع .

وتنقسم الأحكام في هذا إلى قسمين : أحدهما إسلامي المولد لا عهد للعرب به في جاهليتهم ، والآخر : مخضرم ، مقصودا بهذه الكلمة هنا أنه معروف من العرب في الجاهلية وتعاملوا به زمنا قبل أن يقرهم الاسلام عليه ، بالحال التي كان عليها ، أو بعد إزالة ما يلابسه من فساد .

وقبل تناول هذه النقطة بالبحث أشير إلى أن أوضاع المعاملات المالية المنقولة عن العرب يستبعد معها أن يكون لهم علم بالخيار أو ممارسة له ، لأنهم كان الغرر والقمار شائعا بينهم ، وكانت بيوعهم قائمة على الجهالة والغبن وكان العقد عندهم يلزم بمجرد ملامسة المبيع أو برمي الحصاة إليه أو نبذه إلى المشترى . فمن كان هذا شأنهم لا يتصور منهم السموّ إلى معرفة الخيار والتعامل به .

أما من حيث النصوص فانى لم أجد فى هذا نصا صريحا قاطعا لداء وثمرة هذا التقسيم أن يكتفى فى المشروعية بدليل الاقرار فى تلك الوقائع لكونها ملحوظة من الشارع لسكوته عنها عند تنزل الآيات وورود الأحاديث .

المبحث الثالث

تاريخ مشروعية الخيار

ويهمنا بعد هذه التوطئة البحث عن الخيارات عموماً:هل هى مما جاء به الاسلام دون أن يكون له سابقة تطبيق فى أعراف العرب الجاهليين ، وذلك تكميلا لما جاءت به شريعة الاسلام من مبادىء ترسى قواعد العقود وتبنيها على الرضا بعيدا عن الشوائب،أم هى – أو بعضها على الأقل – شىء عرفه العرب فى جاهليتهم وأقرهم عليه الإسلام ؟

الشك ، والسبيل البديل فى تلك الحال التماس الأدلة الظنيّة وهى تصلح مُتّكأً فى هذه المسألة التاريخية ، إذ لا ضير (من الناحية العملية) لو ظهر العكس .

من تلك الأدلة الظنية فى الدلالة : الخبر الذى أخرجه الامام عبد الرزاق بن همّام الصنعانى عن طاووس قال : ابتاع النبى صلى الله عليه وسلم قبل النبوة من أعرابى بعيرا – أو غير ذلك – فقال له النبى صلى الله عليه وسلم بعد البيع : اختر ، فنظر إليه الأعرابى فقال : عمرك الله ، من أنت ؟ فلما كان

الإسلام جعل النبى صلى الله عليه وسلم الخيار بعد البيع . وقد بوب عبد الرزاق لهذا الحديث بقوله « باب البيعان بالخيار ، ما لم يفترقا »[1] .

وفى هذا الحديث دلالة على أن فكرة الخيار – وهو هنا خيار المجلس – لا وجود لها فى الجاهلية قبل الاسلام لاستنكار الاعرابى ذلك ، فالظاهر أن النبى صلى الله عليه وسلم انفرد بالافادة من ذلك،ولعله أمر جديد على العرب أحياه النبى من الحنيفية دين ابراهيم ، قبل ابتعاثه نبيا رسولا ، أو اهتدى إليه بجودة رأيه وثاقب نظره عليه الصلاة والسلام ، وهو خليق بذلك من الناحية العملية فقد عُرِف فى اتجاره بمال خديجة بالمهارة والتيقظ وعادت من ذلك على خديجة فوائد شدّتها إليه عليه السلام.وعلى كلا الاحتمالين يدل هذا الخبر على أن الخيار من خصائص الاسلام .

هذا عن خيار المجلس وهو خيار خاص الطبيعة من حيث معاصرته ولادة العقد وكونه حكمي الثبوت لا يحتاج إلى ارادة العاقد ، وكونه مشروعا للتروى والنظر .

فإذا انتقلنا إلى خيار الشرط باعتباره خياراً إراديّ الثبوت ، مع أنه للتروي أيضا ، وجدناه جديدا أيضا على العرب فهذا حديث حبّان بن منقذ الذى احتج الفقهاء به لخيار الشرط قد تضمن سببُ وروده إشارةً إلى أنه جديد على العرب لأن فيه مجيءأهل حبان إلى النبى (ﷺ) وسؤالهم إيّاه الحجر على صاحبهم ، لما علموه من ضعف عقدته وكثرة مغبونيته فى البياعات ، فطلبهم الحجر عليه ، بدلاً من أن يأمروا صاحبهم باشتراط الخيار لنفسه للنظر والتروي ، يدل على أن العرب لم يعرفوا خيار الشرط ولا خيار الغبن ... ولكن

---

(١) المصنف ، للامام عبد الرزاق ج ٨ /ص ٥٠ الحديث ١٤٢٦١
وذكر محقق الكتاب العلامة المحدث حبيب الرحمن الأعظمى ان هذا الحديث رواه أيضا البيهقى مرتين : مرة مرسلا – كما هنا – ومرة موصولا من طريق ابن جريج عن أبى الزبير عن جابر (سنن البيهقى ٥ / ٢٧٠ – ٢٧١) .

قد يقال ان الحديث ليس فيه عند المحققين ذكر اشتراط الخيار أصلا بل فائدته تمليك منقذ هذا خيارا دائما بمجرد قوله : (لا خلابة) ، ولهذا روى انه كان إذا غبن يشهد رجل من الصحابة أن النبى ﷺ قد جعله بالخيار ثلاثا فيرجع فى ذلك،وبهذا يضعف الاستدلال بمثل هذه القصة على ثبوت الخيار لكل مغبون .

وإذا انتقلنا إلى صعيد الخيارات الحكمية ففي تشريع خيار العيب دلالة على أن كتمان العيب فى المبيع أمر شائع عند العرب ، وذلك يستلزم أن البيع يلزم مع العيب ولو كتم ، اذ لو كان خيار الرد بالعيب مسلما عندهم لما اعتادوا كتمان العيب وتهالكوا عليه لخشيتهم نقض بيعهم وذلك مستقبح ، فلما تجرؤوا على كتمان العيوب دل على أمنهم غائلة ذلك عقديا .

ولذا تواردت النصوص الناهية عن الغش ، الداعية إلى النصح وبيان العيوب فى المبيع ، كقوله ﷺ : « المسلم أخو المسلم،لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلاّ بيّنه له » [1] .

ونحو ذلك يؤخذ من حديث النهى عن التصرية ، فخيارها طارئ على العرب لأن الخيار فيها ثبت بتشريع مبتدأ منه عليه الصلاة والسلام بالحديث المعروف الآتى فى مبحث التصرية : فمن ابتاعها (بعد ذلك) .

وإذ قد فرغنا من الكلام فى جذور الخيار عند العرب ، ووصلنا إلى جدّته عليهم فليس لنا أن نستغرب ذلك ، لأن الحق والعدالة عند العرب كان مضطهدا من جهة ، ومربوطا بالمغامرة والغرر كالاستقسام بالأزلام وتصديق العرافين والكهنة وفشوّ الميسر والربا ، بل التّملك بالغزو والاغارة من جهة أخرى.فمن التزيد والتمنّى البعيد أن نأمل عناية العرب بنظام الخيارات وهى صِيَغ (أو مؤسسات قانونية) تولد فى بيئة متفتحة بلغت القِمة فى احترام

---

(١) أخرجه أحمد وابن ماجه والحاكم والدار قطنى والطبرانى ، قال ابن حجر فى الفتح : اسناده حسن (نيل الأوطار ٥ /٢٢٥) .

الالتزام وتصفيته من الشوائب ، واستكملت ذلك بالاعتراف بحق التحلل من العقد كلما كانت إرادة عاقده معيبة أو مشوبة .

هذا ، عن تشريع الخيار عند العرب قبل الاسلام ، فماذا عن تشريعات الأمم الأخرى القديمة والحديثة ؟ إن الافاضة فى ذلك تخرج بنا عن الطابع الشرعى للبحث ، فنكتفي بالاشارة التى تدل على أن تشريع الخيار فى الاسلام لم يكن بِدعا من الشرائع .. وأنه حاجة ملحة تفتقت الأنظمة الوضعية عن الحيلة في إقراره بأسماء أخرى .. [1] .

ولن نستعرض الخيارات مفردة ، بل سيقتصر البحث ، فى هذا القسم العام ، على خيارين كل واحد منهما أمّ للباب الذى يتبعه ، وهما خيار الشرط من الخيارات الارادية ، وخيار العيب من الخيارات الحكمية ، مع الاحالة فى التفصيل فيهما واخواتهما إلى الفصل المعقود لكل خيار .

أما الخيار الارادى فقد توصّلت إليه شرائع الأمم القديمة ، كالرومان مثلا [2] من خلال الأخذ بنظرية الشروط ، وبخاصة الشرط الفاسخ ، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يتوقف على وقوعه زوال الالتزام ، فإذا وهب شخص داراً لأرملة ابنه لتسكن فيها مع أولاده ، وعلّق الهبة على (شرط فاسخ) مشترطا أن تنفسخ الهبة إذا هى تزوجت قاصدا بذلك أن يحملها على عدم الزواج حتى تتفرغ لتربية أولادها ، فهنا الهبة صحيحة ، ولكنها تزول بأثر رجعى إذا تحقق الشرط الفاسخ وتزوجت الموهوب لها وقد زالت الهبة بأثر رجعى ، لا لأنها باطلة،أو قابلة للابطال - بالمصطلح القانونى - بل لأنها علّقت على شرط فاسخ ، وقد تحقق الشرط [3] فالخيار الارادى ما هو الاّ

---

(١) ان التغاضى عن اتحاد الاسماء بعد اتفاق الحقائق هو أساس هذه المقارنة وسنرى بعد قليل خطل ما ظنه الدكتور محمد يوسف موسى حين قال : ونظن أن حق الفسخ بسبب خيار من هذه الخيارات أمر قد انفرد به الفقه الاسلامى مع شدة الحاجة إليه .

(الأموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى ، ف/ ٦٦٧) .

(٢) ينظر الوجيز فى القانون الرومانى (للدكتور صوفى حسن أبو طالب) التصرف القانونى ٢٨٦ وكذلك القانون الرومانى (أحكام الالتزام) له ٧٦ .

(٣) مصادر الحق ، للسنهورى ٤ / ٩٧ .

تعليق العقد على أمر مستقبل هو صدور الفسخ فاذا وقع الفسخ زال الالتزام .

والشرط الفاسخ معهود فى القوانين المدنية الحديثة ، المصرى والسورى المواد / ٢٦٥ و ٢٦٩/ .

أما الخيار الحكمى ممثلا فى خيار العيب ففي القوانين الرومانية نصوص صريحة في معالجة حالات تدليس العيب وغيره من عيوب الارادة فى التصرف القانونى حيث أعطت الشخص حق طلب ابطال التصرف (١) .

الفرع الثانى
تقسيم الخيار

تمهيـــد :

قبل الافاضة فى مباحث الخيار وأحكامه لابد أن نلتمس للخيارات تقسيما رئيسا مؤثرا فى طبيعتها وأحكامها . وذلك تحاشيا من الخلط بينها ، لكى يتضح أن اختلافها فى الأحكام أو تشابهها كان تبعا للاختلاف والتشابه فى ماهياتها أو أغراضها .

وهذا فضلا عن كونه من المباحث التمهيدية – هو ضرورى أيضا لسلامة الدراسة كلها . ولا أحسنَ فى هذا المقام من قول الكرخي:إن السائل إذا سأل سؤالا ينبغى للمسئول أن لا يجيب على الاطلاق والإرسال ، لكن ينظر فيه ويتفكر أنه ينقسم إلى قسم واحد ، أو إلى قسمين ، أو أقسام ، ثم يقابل فى كل قسم حرفا فحرفا ، ثم يعدّل جوابه على ما يخرج إليه السؤال ، وهذا الأصل تكثر منفعته ، لأنه إذا أطلق الكلام فربما كان سريع الانتقاض ، لأن اللفظ قلما يجرى على عمومه (٢) .

---

(١) الوجيز فى القانون الرومانى ٢ / ١٦٦ ونظرية الالتزامات فى القانون الرومانى للدكتور شفيق شحاته ٢٣٧ .
(٢) رسالة فى الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية ، للامام الكرخى ص ٨٦ .

والخيارات تنقسم إلى أقسام كثيرة باعتبارات مختلفة ، والمناسب تأخير التعرض لها جريا على الترتيب المنطقى فى تأخير ما تتوقف معرفته على معرفة أمور حقها التقديم ، إذ لا يتضح وجه تلك التقسيمات إلاّ بعد معرفة موضوعها الذى يتناوله التقسيم . وإنما يهمنا الآن اختيار واحد من مقاسم الخيار البارزة التى تنتظم أكبر قدر من الخيارات .

وهناك مرتكزان لهذا التقسيم الكلى للخيارات أحدهما : طبيعة الخيار هل هو حكميّ أو ارادى ، والثانى : الغاية التشريعية من الخيار هل هى التروى (طلب المغنم) أو التوقى (دفع المغرم والنقيصة) .

المبحث الأول

التقسيم بحسب طبيعة الخيار

يقوم هذا التقسيم على النظر إلى الخيارات من حيث طبيعة قيامها ، هل نشأ الخيار عن ارادة المتعاقدين بالشرط الارادى ، أو نشأ بحكم الشارع الذى جعله أثرا لتصرف ما ولم يعوزه إلى اشتراط عقدى . وهذا التقسيم للخيار إلى ارادى وحكمى ملحوظ عند الفقهاء أيضا :

يقول الكاسانى موطئا لخيار الرؤية : وأما الخيار الثابت شرعا لا شرطا فهو خيار الرؤية [1] ثم يقول عنه : لأن الخيار فيه ما ثبت باشتراط العاقدين ، لأن ركن العقد مطلق عن الشرط نصا ودلالة ، وانما يثبت شرعا لحكمة فيه [2] .

لكن المصنفين فى الفقه لم يعولوا عليـــــه فى التبويب ، مع أن له أثرا فى الأحكام ، لكنْ نوّه به المحدَثون ممن كتب فى العقود وبمقتضى هذه

---

(١) البدائع : ٥/ ٢٩٢ .
(٢) البدائع : ٥/ ٢٩٧ .

النظرة فى تقسيم الخيارات بحسب مصدرها وطبيعتها تنشطر إلى مجموعتين متميزتين :

المجموعة الأولى – الخيارات الحكمية : والمراد بها ما يثبت بمجرد حكم الشارع فينشأ الخيار منها عند توافر السبب الشرعى المولد له وتحقق الشرائط المطلوبة ، فهذه الخيارات لا تحتاج إلى تخلل اتفاق أو اشتراط لقيامها بل تنشأ تلقائيا لمجرد وقوع السبب الذى ربط قيامها به . والمثال على هذه المجموعة : خيار العيب .

المجموعة الثانية – الخيارات الارادية : وهذه الخيارات ، على الضد من المجموعة السابقة ، لا ينشأ الخيار منها الاّ إذا اتجهت إليه ارادة العاقد وأبدى رغبته فى الاستفادة منه، وانضمت إليه ارادة العاقد الآخر فوافق على منحه الخيار . ومثالها : خيار الشرط .

أما الخيارات الحكمية فإنها تستغرق معظم الخيارات ، بل هى كلها ما عدا الخيارات الارادية الثلاثة : خيار الشرط ، خيار النقد ، خيار التعيين . فما وراء هذه الخيارات فإنه حكمي النشأة أثبته الشارع رعاية لمصلحة العاقد المحتاج إليه دون أن يسعى الإنسان للحصول عليه .

لكن هناك بعض الخيارات الحكمية ربما يخيّل ببادىء النظر امكان اعتبارها ارادية – وقد حصل هذا التخيّل فى بعضها ، وهى :

١ – خيار فوات الوصف ، وهو الذى يثبت عند فوات الوصف المرغوب الذى اشترطه العاقد ، ويدعى هذا الخيار أيضا : خيار الخلف .

٢ – خيار فوات الشرط ، وهو خيار يثبت بفوات الفعل المشروط من العاقد فوق مقتضى العقد .

٣ – خيار اختلاف المقدار ، وهو خيار يثبت للزيادة أو النقص عن المقدار المسمى بالعقد على ما اشترى جملة واحدة كقطعة قماش أو صبرة قمح .

ولكن ما يلمح من عنصر الارادة فيها ليس هو الذى منح العاقد الخيار ، بل هو أمر زائد اشترطه العاقد ، فلما اختل حكم له الشارع بالخيار . وسيأتى مزيد إيضاح لكون هذه الخيارات الثلاثة خيارات حكمية المنشأ بالرغم مما فيها من شبه بخيارات الارادة .

المبحث الثانى

مفهوم الارادة فى الخيارات الارادية

رأينا فى تقسيم الخيارات بحسب الطبيعة والمنشأ أن قسما من الخيارات يثبت بمجرد حكم الشارع بقيامه عند توفر الشرائط ، فليس هناك حائل بين سبب الخيار وولادته ، بمعنى لا دور للارادة فى قيام الخيار (بل قد يكون لها أثر فى سقوطه سابقاً أو لاحقا) وأن القسم الآخر من الخيارات يستلزم لقيامه بعد الاعتبار الشرعى له تدخّل الارادة لنشوئه إذ يطلب من المستفيد من ذلك الخيار الاعلان عن ارادته فى الافادة منه . ومن هنا اعتبرت تلك الخيارات (ارادية) . فإذا لم يصرح العاقد برغبته فى التمتع بحق الخيار الارادى فلا سبيل له لتحصيله ، ولو كان هناك ما يقتضى ترتبه له من جهة حاله أو القرائن .

ولا غنية عن التنبيه إلى أمر يتصل بمصدر الخيارات وهو أن اعتبار ارادة المتعاقدين مصدرا لخيار ما ليس المراد أنه يثبت بالرأى المجرد ومطلق الارادة الشخصية ، بل ان ثبوته هو بالدليل الشرعى (النّصّي أو الاجتهادى) فالشرع هو المسوغ للخيار بنوعيه :الحكمى والارادى ، الاّ أن الخيار الحكمى ثبت ثبوت الأحكام التى يخاطب بها المكلف عند وقوع سببها منه أو من غيره أما الخيار الارادى فقد علّق الشارع ثبوته على تلاقى ارادتى العاقدين (بأن يريدا قيام الخيار ، أو يريدا وجود أمر ما يثبت لهما بتخلفه حق الخيار) .

وحين تذكر (ارادة العاقد) فالمقصود الارادة المشتركة للعاقدين ، أى لا بد من تلاقى ارادتى الموجب والقابل على ثبوت الخيار لأحدهما أو كليهما ، مراعى فى ذلك تخويل الشارع حق الخيار لذلك المستفيد .

فإذا رغب أحد العاقدين فى أن يكون له خيار (ارادىّ) بإرادته المنفردة دون أن يستجيب العاقد الآخر إلى رغبته ويصدر قبوله ليشمل الخيار الذى اشتمل عليه العقد لم يثبت له شيء من تلك الخيارات التى سبيلها الارادة المشتركة لها .

وما ذكرناه من أن مجرد صدور ارادة أحد العاقدين لتحصيل خيار ، دون الاقتران بموافقة الآخر ، لا قيمة له ، هو ما عليه الجمهور من الفقهاء ، لم يخالف عن قولهم فى ذلك الاّ ابن حزم فمن مذهبه أن « من قال حين يبيع أو يبتاع : (لا خلابة) فله الخيار ثلاثة أيام بلياليها ، ان شاء ردّ – بعيب أو بغير عيب ، بخديعة أو بغير خديعة ، بغبن أو بغير غبن – وان شاء أمسك [1] » . ثم توسع فى شأن من عجز عن النطق بتلك الجملة لآفة أو عجمة،وصرّح بأن له أن يقول بلغته ما يوافق معناها . أما القادر عليها فلا يترتب الأثر الاّ بالنطق بها،فلو قال : « لا خديعة » لم يكن له الخيار المجعول لمن قال:لا خلابة.ولم يشترط أن يعلم العاقد الآخر أن ذلك خيار ، كما شرطه بعض أصحاب الشافعى وحملوا ذلك على خيار الثلاث،أي:خيار الشرط . وعن أحمد أن لقائلها الخيارَ إن كان قد خلبه ، ويحتمل أن لا يكون له الخيار [2] .

هذا ، وان فى عداد الخيارات الحكمية خيارات ثلاثة هى :

خيار الوصف ، خيار المقدار ، خيار الاشتراط (وقد سبق بيان مفهومها) فهذه الخيارات سلكناها فيما هو حكمي المنشأ لأنها لا تثبت باشتراط العاقد بل ان حكم الشارع هو السبب المنشىء لها ، لأن العاقد لا يشترط أصل الخيار انما تنصب ارادته على اشتراط أمر زائد يثبت له بفواته الخيار فإرادة العاقد فيها يمكن اعتبارها سبباً غير مباشر ولا مانع من أن توصف بكونها (شبه ارادية) لأن الخيارات الحكمية لا يتدخل العاقد فيها مطلقا ، لا بصورة

---

(١) المحلى لابن حزم ٥ /٤٧٣م ١٤٤١ – ١٤٤٤

(٢) المغنى لابن قدامة ٣ /٥٠٣م ٢٧٩١ .

مباشرة ولا غير مباشرة ، ولو تدخل لم يكن لتدخله مزيد أثر . . فخيار العيب (مثلا) يثبت حكما ، سواء اشترط العاقد السلامة أو لم يشترطها ، فالسلامة مشروطة ضمنا وليس نص العاقد على شرط السلامة الا تحصيل حاصل

أما (خيار الوصف) فلا يثبت إلا بأن يشترط العاقد الوصف المرغوب ثم يظهر فواته أو تخلفه .

ومثل خيار الوصف (خيار المقدار) بأن يشترط أن يكون ما يشتريه جملة مشتملا على مقدار معين . وكذلك (خيار الاشتراط) وهو يسمى أيضا (خيار فوات الشرط) وهو بخصوص فعل يشترط لا وصف مرغوب في المبيع .

وإن هذه الخيارات الثلاثة التى فيها سمات الارادة ذات شأن كبير فى النظر الفقهى والقانونى ، لكونها شديدة الصلة بنظرية الفسخ بمفهومها القانونى الواسع ، فهى أسباب للفسخ بنتيجة الاخلال بشروط اشترطها العاقد .

المبحث الثالث

ضرورة الخيارات الحكمية

يرى الدكتور عبد الرزاق السنهورى أن عيوب الارادة التى كان علاجها الخيار ، ليس هو العلاج الناجع ، بل كان الأولى أن يكون التوقف ، فالفقه الاسلامى لو سار فى تطوره – فى نظره – وجمع عيوب الارادة فى مكان واحد « لكان له وهو يجمعها أن يواجهها هى أيضا بالعقد الموقوف ، فهو أكثر ملاءمة من العقد غير اللازم (فى الفقه الاسلامى) ومن العقد القابل للابطال (فى القانون المدنى الغربى) » [٢] .

---

(١) الا عند ابن حزم . فاشتراط السلامة عنده فى خيار العيب له أثر خاص . فهو لا يرى مشروعية خيار العيب الا فى حال عدم اشتراط السلامة . أما ان اشترط سلامة المبيع من العيب ثم ظهر معيبا فالبيع عنده مفسوخ ولا خيار ، فالخيار عنده قاصر على حال السكوت عن شرط السلامة (المحلى ٩ / ٨٠ م ١٥٦٩) .

(٢) مصادر الحق ٢٨١/٤ .

هذا ما يراه ، وهو ليس سالما من المأخذ ، اذ إن عدم اللزوم أقل تبعة من التوقف ، وذلك متساوق مع ما فى كل من سببيهما من أهمية ، فعدم اللزوم سببه تعيب الارادة . أما التوقف فإن سببه فقدان الارادة الأصيلة ، ومِن ثَمَّ كان علاج عيوب الارادة مقتصرا على سلب لزوم العقد بعد أن انعقد واعتبر نافذا ، وسلب اللزوم أيسر من التوقف (الذى هو عبارة عن منع نفاذ العقد) ، ووجه تفضيله فى السهولة على الموقوف تمكن العاقدين نفسهما من اعادته إلى اللزوم ، وسهولة هذا التمكن بحيث يعتبر التصرف الدال على الرضا بلزوم العقد مغنيا عن صريح الرضا بامضاء العقد . أما فى الموقوف فلا بد من الاجازة ولها شروط شديدة ، كما أنها لا تصدر الاّ عن المالك أو صاحب الحق المفتأت عليه . والتوقف مجاله اللائق حالة الافتئات على ارادة المتعاقد مع وقوع كيان عقدى صحيح يخرج به عن دائرة البطلان أو الفساد ، ولا يدخله فى دائرة الاعتبار لفقدان الملك أو الولاية ، أو لتعلق حق الغير (وعليهما تدور شريطتا النفاذ) فيناسب انتفاء هاتين الشريطتين توقف العقد.أما ها هنا فالإرادة من المالك موجودة،وإنما شيبت بما يخل بكمال الرضا لا بأصل الرضا ، فكان اللائق التخيير،والتخيير من حيث النتيجة يجتمع مع التوقف فى إمكان الفسخ أو الإمضاء وهو هنا أخف شروطا فلا يشترط له بقاء المعقود عليه ولاّ وجود العاقدين ، إلى آخر ما هنالك من شرائط معروفة .

هذا جواب عن التفضيل المدعَى للموقوف على الخيار فى علاج الشوائب الارادة . . وقد يقال:ان العلاج الأفضل لها هو البطلان أو الفساد ، وقد قال ذلك فعلا ابن حزم،فهو لا يرى خيار فوات الوصف المرغوب ولا تفرق الصفقة ولا خيار الرؤية.ومصير هذه المسائل عنده بطلان العقد لأنه لم يقع على المسمى،بل انه لا يرى خيار العيب الاّ فى حال السكوت عن اشتراط السلامة (أما ان اشترطها فظهر معيبا فالبيع باطل) . وجواب هذا الادعاء أن العاقد حين تشاب ارادته فى الصور التى توجب خيارا حكميا يقف الشارع بحمايته بالقدر الضرورى فهو لا يجعل النتيجة البطلان أو الفساد ، لأنه ليس فى

الأمر ما يستدعى أحدهما،فهما مخصوصان بما فيه اخلال بشرائط الانعقاد أو الصحة ، وكلاهما من النواحى التى يرتكز عليها وجود العقد :إما من حيث أصله وهو الركن والمحل ، أو من حيث أوصافه التى لا ينفك عنها .

ولذا صرح ابن قدامة فى تعليل عدم الفساد فى صور من البيوع المنهي عنها بأن « النهي لحق الآدمي فلم يفسد العقد ، كتلقي الركبان ، وبيع المعيب المدلس وفارق ما كان لحق الله تعالى ، لأن حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو الزيادة فى الثمن [1] » .

المبحث الرابع

التقسيم بحسب غاية الخيار

يقوم هذا التقسيم للخيارات على النظر إليها من حيث الغاية التشريعية ، هل هى التروى وجلب المصلحة للعاقد ، أو تكملة النقص ودرء الضرر عنه ؟ . . وهو تقسيم فقهى قديم يعبر عنه بخيار التروى وخيار النقيصة .

يقول الغزالى : « ثم ينقسم الخيار إلى خيار التروى ، وإلى خيار النقيصة [1]. وخيار التروى : ما لا يتوقف على فوات وصف ، وله سببان ، أحدهما : المجلس . . . والسبب الثانى : الشرط . القسم الثانى : خيار النقيصة ، وهو : ما يثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرعى ، أو قضاء عرفى ، أو تغرير فعلى » ثم فرع من خيار النقيصة عدة خيارات .

ونحوه للمالكية [2] فقد جرى خليل على البدء بخيار التروى ثم أتبعه بخيار النقيصة . ولم يَدَع الدردير التنويه بهذا الصنيع [3] .

---

(١) الوجيز : ١/١٤١ - ١٤٢ .

(٢) الدردير وحاشية الدسوقى : ١١٨/١ .

(٣) وسماها بعض المصنفين : خيار نقص ، وخيار شهوة ، فخيار النقص يراد به خيارات توقى النقيصة ؛ أما خيار الشهوة فالمراد به خيارات التروى (مغنى المحتاج ٤٠/٢) .

التقسيم المختار :

يلحظ فى هذا التقسيم للخيارات بحسب الغاية التشريعية إلى خيار تروٍّ ، وخيار نقيصة ، انهم اقتصروا على هذين القسمين له دون متابعة التفريع للتخفيف من السعة الملحوظة فى مفهوم النقيصة ، فانها ذات شعب كثيرة بحسب سمة النقص . وقد كاد يستوعب الخيارات (على النحو الذى لوحظ فى الخيارات الحكمية التى أتت على الخيارات حاشا ثلاثة منها) .

ولا شك أن التقسيمين ملائمان للقسمة العقلية الحاصرة ولسنا الآن بصددها ، بل نؤثر عليها تقسيما للخيارات موسعا يكشف فيه عن صلة الخيار بمباحث العقد ، وبما أن الفقهاء لم يميزوا أحكام العقد العامة عن مباحث البيع وغيره من العقود لم يفردوا الخيارات بصورة مستقلة بعد فك ارتباطها بكتاب البيع ، ولو أنهم أفردوا مباحث العقد على حدة لاعتنوا بربط كل خيار بموقعه المباشر منها .

لهذا أبقيت على مصطلحَي التروّي والنقيصة بعد اجتذاب ما يخصهما بأضيق نطاق، ثم تتابعت الخيارات الأخرى مزدلفة بحسب السمات التى تجمع كل فئة منها، ثم سِيقت لدراستها، بعد ما يقتضيه المقام من التمهيد لذلك زمرًا .

تقسيم الخيارات إلى زمر :

أولا زمرة خيارات التروى .

١ – خيار المجلس .
٢ – خيار الرجوع .
٣ – خيار القبول .
٤ – خيار الشرط .
٥ – خيار الحيوان .

ثانيا – زمرة خيارات النقيصة :

١ – خيار العيب .
٢ – خيار الاستحقاق .
٣ – خيار تفرق الصفقة .
٤ – خيار الهلاك الجزئى .

ثالثا – زمرة خيارات الجهالة :

١ – خيار الرؤية .
٢ – خيار الكمية .
٣ – خيار كشف الحال .
٤ – خيار التعيين .

رابعا – خيارات التغرير :

١ – خيار التدليس الفعلى (بالتصرية ونحوها) .
٢ – خيار التغرير القولى .
٣ – خيار النجش .
٤ – خيار تلقى الركبان .

خامسا – زمرة خيارات الغبن :

١ – خيار غبن المساومة .
٢ – خيار المسترسل .
٣ – خيار غبن القاصر وشبهه .

سادسا – زمرة خيارات الأمانة :

١ – خيار المرابحة .
٢ – خيار التولية .
٣ – خيار التشريك .
٤ – خيار المواضعة .

سابعا - زمرة خيارات الخُلف :

١ - خيار فوات الوصف المرغوب .

٢ - خيار فوات الشرط .

٣ - خيار اختلاف المقدار .

ثامنا - زمرة خيارات اختلال التنفيذ :

١ - خـيـار التأخير .

٢ - خيار بيع المأجوز .

٣ - خيار بيع المرهون .

٤ - خيار بيع المزروع .

وهذه الثلاثة الأخيرة : كأنها خيار واحد يمكن تسميته (خيار الاحتباس لحق الغير) لكن الحنفية عدّوها مستقلة ويحثوها فى مواطن مختلفة

تاسعا - زمرة خيارات امتناع التسليم :

١ - خيار النقد .

٢ - خيار تعذر التسليم .

٣ - خيار تسارع الفساد .

٤ - خيار التفليس .

الفــرع الثالث

فائدة الخيــار
وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول
حكمة تشريع الخيار

ان الغرض فى الخيارات الحكمية ، بالرغم عن تعدد أسبابها ، هو تلافى النقص الحاصل بعد تخلف شريطة لزوم العقد ، وذلك بعد أن تحققت شرائط الانعقاد والصحة والنفاذ ، أى أن الخيارات الحكمية لتخفيف مغبة الاخلال بالعقد فى البداية لعدم المعلومية التامة ، أو لدخول اللبس والغبن ونحوه مما يؤدى إلى الاضرار بالعاقد ، أو فى النهاية كاختلال التنفيذ .

فالغاية من الخيارات الحكمية تمحيص الارادتين وتنقية عنصر التراضى من الشوائب توصلا إلى دفع الضرر عن العاقد . ومن هنا قسم الفقهاء الخيارات إلى شطرين : خيارات التروى ، وخيارات النقيصة . ومرادهم بخيارات النقيصة الخيارات التى تهدف لدفع الضرر عن العاقد فى حين تهدف خيارات التروى إلى جلب النفع له .

أما الغرض من الخيارات الارادية فإنه يختلف عن الغرض من الخيار فى صعيد الخيارات الحكمية . ففي الخيارات الارادية يكاد الباعث عليها يكون أمراً واحداً هو ما دعاه الفقهاء بالتروّي ، أى التأمل فى صلوح الشيء له وسدّ حاجته فى الشراء ، وذلك للترفيه عن المتعاقد لتحصيل مصلحة يحرص عليها . والتروّي سبيله أمران : (المشورة) للوصول إلى الرأى الحميد ، أو المخبرة

(الاختيار) [1] وهو تبين خبر الشىء بالتجربة أو الاطلاع التام على كنهه ، قال ابن رشد : « والخيار يكون لوجهين : لمشُورة ، واختبار المبيع . أو لأحد الوجهين » [2] ويقول بعدئذ : « العلة فى اجازة البيع على الخيار حاجة الناس إلى المشورة فيه أو الاختبار» [3] .

على أن تعدد الغرض ممكن بأن يقصد المشُورة والمخبرة معا ، وهذا كله فى المشترى . أما البائع فلا يتصور فى حقه إلاّ كون الغرض المشورة لأن المبادلة منه تهدف إلى الثمن ، والثمن لا مجال لاختباره غالبا إنما يتصور أن يراجع البائع من يثق به فى كون الثمن متكافئا مع المبيع فلا غبن ولا وكس [4] .

والتروّي - كما يقول الحطاب - لا يختص بالمبيع فقد يكون أيضا فى الثمن أو فى أصل العقد [5] .

وإذا تساءلنا عن الثمرة العملية للغرض من الخيار ، بين أن يكون المشورة أو المخبرة ، رأينا لدى المالكية عناية بأثر هذا فى الاحكام وهى مسألة تسليم المبيع إن امتنع البائع فهل يجبر على التسليم ؟

يرى المالكية أنه يجبر البائع على تسليم المبيع إذا كان الغرض من الخيار المخبرة فإذا بيّن الغرض من الخيار عومل حسب بيانه ، أما إن سكت عن البيان فقد قرر ابن رشد أن سكوته عن ذكر الغرض يحمل على أن غرضه المشورة فهى مفترضة دائما الا إذا صرح بأن غرضه المخبرة واشترط قبض

---

(١) آثرت لفظ (المخبرة) على (الاختبار) خشية تحريف الكلمة الأخيرة إلى (الاختيار) كما وقع مرارا فى المقدمات لابن رشد (٢/٥٥٧ السطر الأخير ، الخ) . والمشورة (بضم الشين وسكون الواو) كما فى كتب اللغة ، وفى تقرير عليش على الدسوقى (٣/٩٨) : لا (بسكون الشين وفتح الواو) والاّ وجب نقل الفتحة من الواو للشين وابدال الواو ألفا لتحركها أصالة وفتح ما قبلها عروضا كما فى « مفازة » .

(٢) المقدمات : ٢/٥٥٧ .

(٣) المقدمات : ٢/٥٥٩ .

(٤) تذكرة الفقهاء : ١/٥١٦ .

(٥) الحطاب على خليل : ٤/٤١٤ .

السلعة . ونص كلام ابن رشد فى هذا [1] : اشترط المشترى الخيار . . . ولم يبين أنه إنما يشترط الخيار للاختبار ، وأراد قبض السلعة ليختبرها ، وأبى البائع من دفعها إليه وقال : انما لك المشورة إذ لم تشترط قبض السلعة فى أمد الخيار للاختبار ، فالقول قول البائع ، ولا يلزمه دفعها إليه الاّ أن يشترط ذلك عليه . بل ذكر أنه ليست من القرينة الحالية فى المشترى طول مدة الخيار إذ يحتمل أنه فسح فى الأجل للمشورة الدقيقة .

وهناك ثمرة عملية أخرى لتحديد الغرض من الخيار (دون تفرقة بين اقتصاره على المشورة أو الاختبار ، أو الجمع بينهما) تلك هى أن أمد الخيار – وهو على ما سنرى عند المالكية ملحوظ فيه العرف والعادة – شديد الارتباط بالغرض من الخيار » فإذا كانت العلة فى اجازة البيع على الخيار حاجة الناس إلى المشورة فيه ، أو الاختبار ، فحدّه قدر ما يختبر فيه البيع ويرتأى فيه ويستشار ، على اختلاف أجناسه واسراع التغير إليه وإبطائه عنه . . . » . . . . فأمد الخيار فى البيع إنما هو بقدر ما يحتاج إليه فى الاختبار والارتياء مع مراعاة اسراع التغير إلى المبيع وابطائه عنه خلافا للشافعى وأبى حنيفة رحمهما الله فى قولها انه لا يجوز الخيار فى شىء من الأشياء فوق ثلاث . . . » [2] .

المبحث الثـاني

الخيار الحكمى مؤيد وجزاء

إذا ألقينا نظرة على المؤيدات التشريعية ، غير التأديبية [3] ، رأينا أنها تشتمل على أنواع أربعة من النتائج المتفاوتة الأثر ، وهى بدءا من أشدها

---

(١) المقدمات لابن رشد : ٢/٥٥٨ .

(٢) ابن رشد ، المقدمات : ٢/٥٥٩ – ٥٦٠ .

(٣) تنقسم المؤيدات إلى تأديبية ، وهى العقوبات المشروعة للزجر عن ارتكاب الجرائم ، وإلى تشريعية (أو مدنية) وهى ما يرتبه الشارع على مخالفة نظام المعاملات من سلخ بعض النتائج ، أو كلها ، بتجريد التصرف المخالف من اعتباره الشرعى تجريدا كليا أو جزئيا ، فيفقد به كل نتائجه أو بعضها (ر : المدخل الفقهى العام ف ٣١٣ و ٣١٤)

أثرا : البطلان ، فالفساد ، فالتوقف ، فالتخيير . ويهمنا من أولئك : النوع الأخير ، فهو فى هذا الباب مؤيد يمنح الشارع بمقتضاه أحد العاقدين الحق فى إعادة التوازن العقدى بعد تعرضه للاختلال ، وهذا التوازن يختل كلما شيبت ارادة المتعاقد وطغت مصلحة الآخر وحالت دون تحقق تمام الرضا . فالخيار الحكمى يخول العاقد المتضرر فسخ العقد إن شاء .

ولا يظهر اعتبار الخيارات كمؤيد الاّ فى القسم الحكمى منها وهو الذى يدور على شوائب الارادة ويثبت بحكم الشارع . أما الخيارات الارادية ، كخيار الشرط مثلا ، فليس التخيير فيها مؤيدا شرعيا (أو حقوقيا) لأنه مجرد تحفظ حصل عليه عاقد بإرادة صاحبه وموافقته ، ويهدف إلى جلب المصلحة لصاحب الخيار . فى حين أن الخيارات الحكمية هى لدرء الضرر عن صاحب الخيار لما فيها من حرمان المتصرف من النتائج المبتغاة له لحصوله عليها بطريق غير محقق لصحة التراضى .

المبحث الثالث

الخيـــار الارادى وصلته بالشورى

لابد من التنويه ، فضلا عمّا ذكرنا من حكمة الخيار ، بكون الخيارات الارادية مجالا للتروى وميدانا للمشورة ، وتمحيص الآراء ، وتنقيح الأنظار للوصول إلى ما هو أهدى سبيلا ، وفى ذلك استجابة للدعوة النبوية التى تضمنها قوله صلى الله عليه وسلم : « احرص على ما ينفعك »[1] فالخيار الارادى مرفق يحتاط به الانسان لنفسه لإتاحة فرصة المشاورة . قال ابن رشد (الجد) : « وقد يحتاج فى ذلك كله إلى رأى غيره ، فيريد أن يستشير فيه ، فجعل له الخيار ، رفقا به »[2] .

(١) أخرجه مسلم فى صحيحه : ٥٦/٨ .
(٢) المقدمات : ٥٥٧/٢ .

ثم ان (المشورة) أهم من (الاختبار) – وهما غرض الخيار الارادى كما رأينا – لأنها تتجاوز البحث فى صفات المعقود عليه إلى صفة العقد وملابساته سواء من الناحية المجردة أو الشخصية المتأثرة بظروف العاقد .

وفضلا عن ذلك ان (المشورة) لا يمكن نفيها من أغراض الخيار ، فى حين ينتفي (الاختبار) ويعتبر لغوا من بعض الأشياء ، ويضرب ابن رشد لذلك مثلا نورده – دون التسليم بسلامته فى العصر الحاضر أو مطلقا – وهو أنه بعد أن ذكر الحاجة إلى الاختبار فى شراء العبد [1] « يختبر عقله وخلقه وخدامته وبلادته ونشاطه » والدار « يختبر بناؤها وجيرانها ومكانها . . . والدواب يختبر خلقها وسيرها . . . وأما الثياب والعروض فلا وجه للاختبار فيها ، وإنما الخيار فيها للمشورة خاصة ، أو ليقيس على نفسه ما اشترى من ذلك اللباس» [2] . فالمهم من هذا الفرع أن المشورة غرض لا يخلو منه عقد فى حين يثبت غرض الاختبار أو يتخلف .

هذا ، وان غرض الخيار الأهم (المشورة) قد يصبح أمرا لازما للعاقد إن ألزم به نفسه ، وذلك فيما لو اشترى على أن يستأمر فلانا ، فقد نص الشافعى على أنه ليس له الفسخ أو الاجازة قبل استئماره ، وسيأتى مزيد بيان لهذا فى الكلام على خيار الشرط ، وصاحب الخيار .

---

(١) المقدمات : ٥٥٧/٢ .

(٢) المقدمات : ٥٥٨/٢ .

الفصل الثاني

قاعدة الخيار وخصائصه

وفيه ثلاثة فروع

الأول – منطلق فكرة الخيار : اللزوم

الثاني – سلب اللزوم وموقع الخيار فيه

الثالث – أصالة اللزوم ، واستثناء الخيار

الفرع الأول
منطلق فكرة الخيار اللزوم

المبحث الأول
معنى اللزوم

ان دور الخيار فى المعاملات العقدية يلمح من خلال مبدأ فقهى يظلّه ، وهو اللزوم . ولذا ينبغى الاستهلال بالحديث عن معنى اللزوم ومفهومه والتعرّف إلى موقعه فى التقسيم العقدى ، وبعدئذ تتميز فكرة الخيار ، كما تتميز الأشياء بضدها ، لأن اللزوم مقابل للتخيير ، والتخيير أحد الأمور التى تسلب لزوم العقد .

من معانى الالزام – أو اللزوم – عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة ، ويسميه الفقهاء عقدا لازما أو ملزما ، ويستحسن عند بعض المؤلفين تخصيص (الالزام) بمعنى انشاء الالتزامات ، أما (اللزوم) فيطلق على عدم امكان الرجوع عن العقد [1] .

وللعقد – كما هو معروف – قوة ملزمة بفضلها اعتبر مصدرا من مصادر الالتزام وتلك القوة للعقد تعادل القوة الالزامية للشرع – أو القانون – ومستندها فى الشريعة الآيات الآمرة بالحفاظ على العهد كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقوله : « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » [2] . لكن تلك القوة الالزامية للعقد عليها قيود تخفّف من

---

(١) المدخل الفقهى للشيخ مصطفى الزرقا ف ١٩٥ .

(٢) الآية الأولى من سورة المائدة ، والآية ٣٤ من سورة الاسراء .

وطأتها [1] ، وإن كان بعض الكتاب قد اعتبر-جائراً-تلك القيودَ نقاطَ وهنٍ. وقيود الالزام هى زمرة العقود غير اللازمة بطبيعتها ، والخيارات المعروفة [2]

المبحث الثـانى

اللزوم في تقسيم العقـد

يتنوع العقد إلى أنواع عديدة أشهرها تقسيمه بالنظر إلى الشرائط الأربع : شرائط الانعقاد ، وشرائط النفاذ ، وشرائط الصحة ، وشرائط اللزوم ، ويأخذ العقد اسمه الوصفيّ وحكمَه وآثاره بحسب استيفاء هذه الشرائط .

فأقسام العقد هى :

١ – منعقد ومقابله باطل .

٢ – صحيح ، ومقابله فاسد .

٣ – نافذ ، ومقابله موقوف .

٤ – لازم ، ومقابله غير لازم ، ويسمى الجائز .

هذا هو التقسيم المتداول [3] ، و (الموقوف) فيه قسيم للصحيح ونظير له ، وهذه إحدى طريقتين لمشايخ الحنفية .

أما الطريقة الأخرى فقد ظهر فيها (الموقوف) كقسم من أقسام

---

(١) يقول العز بن عبد السلام فى القواعد ٨٣/٢ فى معرض ما يتأخر عنه بعض أحكامه فذكر من ذلك البيع ، وقال عنه : « ويقترن الانعقاد والصحة بآخر حروفه على الأصح ويتراخى لزومه إلى الاجازة والافتراق وانقضاء خيار الشرط . . »

(٢) التعبير عن الإرادة ، وحيد سوارف ٦١٦ و ٦١٧ .

(٣) مجلة الأحكام العدلية ، المواد (٣٦٩ – ٣٧٧) ، ومرشد الحيران ، المواد (٣١١ – ٣١٣) والمدخل الفقهى العام ، ف ٣١٤ و ٣٤١ .

الصحيح متفرع عنه وقال ابن عابدين : إن هذا هو الحق [٣] . وبناء على ما رجحه ابن عابدين فى الموقوف يكون (اللزوم) أيضا من أقسام الصحيح لا قسما له لأن (اللزوم) مرحلة أدنى من التوقف في مراحل العقد الأربع فالعقد قسمان :

١ – منعقد أو باطل .

٢ – ثم المنعقد صحيح أو فاسد .

الفرع الثـانى
سلب اللزوم وموقع الخيار فيه
المبحث الأول
الخيار سالب للـزوم

إن سلب الخيارات لزوم العقد من بداهة الفقه ، حتى أن بعض الفقهاء المصنفين الذين قسّموا العقد إلى لازم وجائز عبروا عن ذلك بقولهم : لازم ، ومخيّر ، أو لازم وفيه خيار . .

ومفاد سلب الخيارِ لزومَ العقد أن يجعل العقد المشتمل على خيار مستويا في الصفة مع المعقود غير اللازمة كالعارية والوديعة ومع هذا لا يعسر التمييز بينهما لأن عدم اللزوم فى تلك العقود ناشئ عن طبيعتها الخاصة (كما سيأتي) ، أما في الخيارات فعدم اللزوم طارئ بسببها .

ومع وضوح اتصال الخيارات بفكرة سلب اللزوم ذهب إلى إنكارها بشدة غريبة (هاشم معروف الحسينى) قائلا : « العقد ينعقد لازما ويستمر

---

(١) رد المحتار ٥٠١/٤ ط٢ منقولا عن البحر ، بمناسبة تنويع شرائط البيع ، وقال : مشى عليها في الحاوي ، وكذلك الزيلعى فانه قسم العقد إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف (وهو فى البحر الرائق في ٧٠/٦ و٢٢٧/٥) .

(٢) جرى الشيخ أحمد ابراهيم على تقسيم العقد إلى صحيح وباطل وفاسد ، ثم قسّم الصحيح إلى موقوف ونافذ ، وقسّم النافذ إلى لازم وغير لازم (المعاملات الشرعية ٩٦)

على ذلك حتى في ظرف ثبوت الخيار للمتعاقدين ، بل حتى بالنسبة إلى الخيارات التى تولد مع العقد ، كما فى خيارى المجلس والحيوان ، ذلك لأن الخيار مفاده اعطاء المتعاقدين أو أحدهما السلطة على حل العقد فى حالات . . . ولا يتزعزع العقد الّا إذا نفذ صاحب الخيار الحق المجعول له . ولو كان مرجع الخيار إلى أن العقد يصبح جائزا لكان حكما شرعيا كجواز الرجوع فى الهبة وفى العارية والوديعة ونحو ذلك من العقود الجائزة »[1] .

وهذا الإيراد الأخير مردود فليس جواز العقد أو عدم لزومه منحصرا فى العقود غير اللازمة بطبيعتها . أما كون العقد ينعقد لازما ويستمر حتى فى ظروف ثبوت الخيار فلا مساغ له الّا إذا كان المقصود ارتباط المتعاقدين بمقتضى العقد وعدم الحرية المطلقة في فصم عراه إلّا بحسب الصلاحية الممنوحة بالخيار من حيث المدة والكيفية .

المبحث الثانى
دور الخيار فى سلب اللزوم

فالتخيير يقابل اللزوم ، لكنه ليس وحده بإزاء اللزوم ، بل ينضم إليه في ذلك ثلاثة ، هي : طبيعة عدم اللزوم — حالة التوقف — حالة الفساد .

الأول — طبيعة عدم اللزوم فى العقود غير اللازمة :

وهى العقود التي يستطيع كل من العاقدين أو أحدهما فسخها بمجرد إرادته دون الحاجة إلى موافقة الآخر .

---

(١) ومن هنا تنقسم العقود إلى عقود لازمة للطرفين ، كالبيع ، أو غير لازمة للطرفين كالشركة ، أو غير لازمة لطرف ، كالرهن بالنسبة للمرتهن . (القواعد ، للعزّ بن عبد السلام ٢/١٢٥ – ١٢٨ والمجموع للنووى ٩/١٨٦) وهذا تقسيم بالنظر إلى الطرف المستفيد من عدم اللزوم . وفى المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى الزرقا ف/١٩٧ – ٢٠٢ تقسيم آخر بالنظر إلى طبيعة عدم اللزوم ذاتها ، بين أصالتها أو طروئها ، فهى إما غير لازمة للطرفين مطلقا ، وإما غير لازمة الّا لطارئ فتلزم ، وإما لازمة لكن في طبيعتها شئ من عدم اللزوم في ظروف محددة ، فليرجع إلى بيانه التفصيلى وأمثلته وإن كانت على أساس المذهب الحنفي فقط .

والثاني – حالة التوقف :

فالعقد الموقوف ، بالإضافة إلى وصفه بأنه غير نافذ ، يوصف بعدم اللزوم ، لأنه يحق فسخه لكل من العاقدين والمالك . (وله وحده حق إجازته أيضا) لعدم نفاذه في حقه ، أما البائع (الفضولي مثلا) فله وللمشتري حق الفسخ – دون الإجازة طبعا – وتمكينهما من الفسخ دال على عدم لزومه في حقهما . قال الحصكفي : وأفاد كلامه (أى التمرتاشي) أن للمالك الإجازة والفسخ ، وللمشتري الفسخ لا الاجازة ، وكذا للفضولي قبلها (أى قبل الإجازة من المالك)[1] . وأشار ابن عابدين إلى أن حق المشترى في الفسخ مقيد كذلك بأن يقع قبل صدور الاجازة من المالك . وهذا منطقي لأنه بصدورها يغدو لازما فلا يؤثر فيه الفسخ من طرف واحد وصرح ابن عابدين نقلا عن البحر فى فسخ المشتري للموقوف بأنه كان « تحرزا عن لزوم العقد » وفي فسخ الفضولي « ليدفع الحقوق عن نفسه ، فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر عليه فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته[2] .

ويتضح وجه اعتبارهم الموقوف مسلوب اللزوم من مراعاة ارتباط شرائط العقد ببعضها ، أى شرائط الانعقاد والنفاذ والصحة واللزوم . فقد تكون الزمرة من هذه الشرائط مشترطة أيضا في زمرة أخرى « فكل ما كان شرطُ الانعقاد والنفاذ كان شرطَ الصحة ضرورةً ، وليس كل ما يكون شرطَ الصحة يكون شرطَ النفاذ والانعقاد عندنا،فإن البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به عندنا وإن لم يكن صحيحا »[3] .

فالباطل كما هو غير منعقد هو غير صحيح وغير نافذ بالبداهة.وشرائط الصحة في تعداد صاحب البدائع – هى شروط الانعقاد والنفاذ ، مضافا إليها

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار ١١٥/٥ .
(٢) رد المحتار ١١٥/٥ – ١١٦ .
(٣) البدائع : ١٥٦/٥ .

ما يشترط من غيرهما « لأن ما لا ينعقد البيع بدونه لا يصح بدونه ، ولأن ما لا ينفذ البيع بدونه لا يصح بدونه ضرورة ، إذ الصحة أمر زائد على الانعقاد والنفاذ »[1] ونحو هذا التصريح فى البحر لابن نجيم ، بل كان أصرح منه حينما قال عن شرائط الزوم « وأما الرابع وهو شرائط اللزوم ، **بعد الانعقاد والنفاذ** ، فخلوه من الخيارات الأربعة المشهورة وباقى الخيارات[2] » . ولكن ادراج الفاسد والموقوف فى حالات سلب اللزوم بعد أن عرفنا ما يسوغه (لا الباطل لأنه وراء الانعقاد) يجب أن لا يخل بالاصطلاح المألوف من إطلاق (اللازم) على ما لا يطلق عليه (الموقوف والفاسد) فهذه اصطلاحات مرعية يخطئ من التزم بها ثم حاد عنها[3] .

الثالث – حالة الفساد :

ذلك أن العقد الفاسد يحق فسخه لكل من الطرفين – وللحاكم ذلك أيضا – الّا لمانع شرعي من الفسخ . قال الكاساني : فكان الفساد قويا فيؤثر في صلب العقد بسلب اللزوم عنه ، فيظهر عدم اللزوم في حقهما جميعا . . . العقد في نفسه غير لازم لما فيه من الفساد . . . وقيامه يمنع لزوم العقد[4] .

ملحوظة : ذهب الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا إلى أن سلب صفة اللزوم عن العقود اللازمة له حالتان عدا حالة الخيارات ، هما الاكراه والفساد[5] فلم يذكر الموقوف وقد سبقت الاشارة إلى دواعي ذكره ، وهو أولى من حالة الفساد بالذكر ، لأن العقد الفاسد قد يستطيع العاقدان جعله

---

(١) البحر : ١٦/٦ ونقله ابن عابدين وأقره في هذا مع اعتنائه باحصاء الشرائط حيث كانت شرائط اللزوم – بالاعتبار المشار إليه من احتساب شرائط الانعقاد واللزوم والصحة – أكثرها عددا .

(٢) رد المحتار : ٥٠٥/٤ – ٥٠٦ والبحر : ١٦/٦ .

(٣) عبر الشيخ أحمد ابراهيم عن شرائط اللزوم بقوله : هي خلو العقد من الخيارات بعد توافر شروط الانعقاد والصحة والنفاذ (المعاملات الشرعية ١٢٠) .

(٤) البدائع : ٣٠٠/٥ .

(٥) المدخل الفقهي العام ف ٢٠٣

لازما باتصال القبض ، أما الموقوف فلا قبل لها بذلك الّا باجازة ثالث هو المالك ، أو ولي ناقص الأهلية ، أو صاحب الحق المفتأت عليه .

أما حالة الإكراه فهي مندرجة فيما ذكرته ، لأن العقد الذى حصل نتيجة الاكراه لم تخرج أقوال الفقهاء المصححين له (بعد استثناء الشافعية والحنابلة القائلين ببطلانه)[1] لم تخرج عن ثلاثة أقوال : فاسد (وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد) أو موقوف (وهو قول زفر) أو فيه الخيار (وهو قول مالك)[2] والحالات الثلاث التى سبق أن ذكرتها (الخيار والموقوف والفاسد) ترحب صدرا بهذه الآراء جميعا ، فلا داعي لاعتبار (الاكراه) حالة مستقلة ، لكن إغفاله ذكر (الموقوف) ألجأ إلى ذلك .

المبحث الثالث

منازل الخيارات فى سلب اللزوم

هناك عبارات فقهية تدل على التفاوت في منزلة الخيارات من حيث سلب اللزوم نظرا إلى أثر الخيار على علة الحكم ، والمراد بالعلة هنا العقد الذى لا يتخلف عنه الحكم في الأصل ، كالبيع هو علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين في البدلين وفي البيع بخيار قد تخلف عن العلة (أى البيع) مقتضاها الذى هو حكم البيع .

وبما أن الموانع متفاوتة فى قوة المنع ، فمنها ما يمنع انعقاد العلة من البداية فلا يدعها تمضي لإحداث الأثر ، فالمانع هنا يئد العقد في مهده ، وهو ما يحصل بتخلف شريطة من شرائط الانعقاد ، ومن الموانع ما يمنع تمام العلة ، أى نفاذ العقد ، بتخلف إحدى شريطتي النفاذ (الملك أو الولاية — وانتفاء تعلق حق الغير فى المعقود عليه) ثم يأتي دور الخيارات في المنع وهو منع مسلط على (الحكم) لا (العلة) فهي قد كتب لها الانعقاد والنفاذ كسهم توفرت

---

(١) مغني المحتاج ٢/٧ — ٨ كشاف القناع ٣/١٥٠

(٢) البدائع : ٧/١٨٦ رد المحتار : ٥/١٢٥ الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٦ .

وسائل تسديده ثم انطلق دون أن يحجزه شيءٌ عن بلوغ الهدف « فخيار الشرط يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد (ونفاذ) العلة » إذ يمتنع ثبوت حكم البيع وهو خروج المبيع عن ملك البائع ، وشبهه ابن الهمام باستتار المرمي إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه[1] . ويليه في قوة المنع خيار الرؤية ، لأنه يمنع تمام الحكم بعد ثبوته (وهو غير تمام العلة) وأخيرا خيار العيب يمنع لزوم الحكم .

وفضلا عن التفاوت في أثر الخيار على العقد اللازم لسلب لزومه يلحظ فارق ، في نظر الحنفية ، بين خيار العيب وبين خياري الرؤية والشرط في وضعهما الشرعي من حيث سلب اللزوم بين أن يتصف بالأصالة أو الخلفية ، لهذا الفرق أثر في الحكم باعتبار الفسخ في حق الكل أو في حق المتعاقدين فحسب .

فخيار الرؤية والشرط ، لما أن حق الفسخ فيهما « ثبت أصلا لأنهما يسلبان اللزوم فى أصل العقد ، فكان بالفسخ مستوفيا حقا له ، وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء »[2] .

أما خيار العيب فإنه يفرق فيه بين القبض وعدمه لما أن « حق الفسخ بالعيب ما ثبت (باعتباره) أصلا . لأن الصفقة تمت بالقبض بل (ثبت) بغيره ، وهو استدراك حقه في صفة السلامة »[3] .

---

(١) فتح القدير : ١١٠/٥ .
(٢) فتح القدير : ١٦٨/٥ .
(٣) فتح القدير : ١٦٨/٥ وذكر بعدئذ أثر هذا الفرق في اعتبار الفسخ في حق الكل أو في حق العاقدين خاصة . وسيأتي في محله المناسب .

الفرع الثالث

أصالة اللزوم ، واستثناء الخيار

المبحث الأول

أصـــالة اللزوم

لقد قرر الفقهاء أن الأصل هو لزوم العقد ، لكن عباراتهم اختلفت فى بيان هذه الفكرة اختلافا يقطع الشك ويزيد الأمر وضوحا .

من ذلك التصريح بأن « الأصل فى العقود أن لا خيار » [١] أو كما يقول البابرتى : الخيار ليس من لوازم البيع ، بل الأصل عدمه ، وكم من مبيع لا خيار فيه » [٢] أو كما يقول الغزالى : الأصل فى البيع اللزوم ، والخيار عارض » [٣] .

ومن ذلك التعبير بكلمة (البّت) المرادفة للزوم ، قال ابن راشد القفصى المالكى : « الأصل البتّ ، والخيار انما يكون بشرط » [٤] .

ومن ذلك – وهو الأغلب فى تعابيرهم – أن الأصل فى البيع اللزوم [٥] . وفى معنى البيع العقود الأخرى التى لم تندرج فى العقود غير اللازمة .

---

(١) بداية المجتهد : ٨/٢ ط ٢ .

(٢) العناية شرح الهداية : ١٢٥/٥ والوجيز : ١٤٠/٢ .

(٣) كثير من الفقهاء استبدل كلمة (البيع) بكلمة العقد وهو من استبدال الذى هو خاص بالذى هو عام ولا شك أنه من باب التمثيل .

(٤) لباب اللباب : ١٤٦ .

(٥) تكملة المجموع للسبكى : ١٣٥/١٢ وقال : وذلك متفق عليه مغنى المحتاج : ٤٣/٢ المكاسب : ٢١٤ وقد أفاض فى الاستدلال لهذه القاعدة ، فجعلها مما تدل عليه الآيات التالية : أوفوا بالعقود ، وأحل الله البيع ، الآ أن تكون تجارة عن تراض ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل . وحديث المؤمنون عند شروطهم . . الخ بوجوه من الدلالة .

والمراد بكلمة (العقد) أو (العقود) فى بعض التعابير ليس مطلق العقد ذلك أن فيه الصحيح والفاسد ، واللازم بطبيعته ، فالمراد من العقود ما كان صحيحا منها أما العقد الفاسد فهو مسلوب اللزوم مستوجب الفسخ شرعا [١] فلا تنتظمه أصالة اللزوم المقررة للعقد الصحيح .

كما أنه يخرج من اطلاق العقد ما كان متسما بطبيعة عدم اللزوم وهى عقود ذوات عدد تميزت بتلك الخاصة ، وسرت آثارها فى أحكام تلك العقود [٢] . وقد سبق التحدث عنها .

وثمرة البيان المتكرر من قبل الفقهاء لأصالة اللزوم التوصل إلى أنه أثر طبيعى للعقد لا يحتاج ثبوته إلى اشتراط أو نص ، بل ان الخروج عنه يستلزم اشتراطا خاصا يتمثل فى أحد الخيارات المعتبرة [٣] .

المبحث الثانى

استثناء الخيار

بعدما رأينا من تسليم المبدأ السابق القائل : أن الأصل هو اللزوم فى البيع وأمثاله من العقود الصحيحة التى لم تطبع على عدم اللزوم ، ننتقل إلى معرفة طبيعة الخيار هل هو أصل أيضا فى مجاله ، أم أنه استثناء وخروج عن القاعدة ؟

---

(١) رد المحتار : ٩١/٥ .

(٢) القواعد للعز بن عبد السلام : ١٢٥/٢ المدخل الفقهى العام : ف ١٩٧ – ٢٠٢ .

(٣) يقول الشيخ أحمد فهمى أبو سنة : الأصل فى العقود أن تثبت أحكامها على وجه الابتداء والتمام واللزوم . وقد يمنع من ذلك وجود خيار فى العقد . (العرف والعادة فى رأى الفقهاء ١٧٣) .

لقد تواردت عبارات الفقهاء على أن البيع بالخيار (والمراد به الخيار الارادى) [١] ثبت على خلاف القياس [٢] ، أو مخالف للأصل – أو الأصول – .

أما القياس الذى خولف بثبوت الخيار فليس هو القياس الأصولى القائم على إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها ، فى الحكم الذى ورد به النص ، لتساوى الواقعتين فى علة هذا الحكم وانما المراد عمدة القياس وهو الأصول المنصوصة وهى أهم أركان القياس (الأصل والفرع وحكم الأصل وعلة الحكم) ونظرا إلى أن النصوص أكدت فكرة اللزوم فهى التى وردت النصوص بحكمها ، فالقياس إن وقع فعليها،وما خالفها فهو بمنزلة ما جاء على خلاف القياس .

أما المراد بالأصل الذى خولف بإثبات الخيار الارادى فإن كلمة الأصل يراد بها المعانى التالية :

١ – الدليل ، ومنه تسمية علم (أصول) الفقه [٣] — ، ومنه أيضا (النص) فى مبحث القياس [٤] .

٢ – الراجح . ولا يناسب ارادتها هنا ، لأنه لا مجال للرجحان بين اللزوم

---

(١) بل فى الخيار الحكمي طابع الاستثناء أيضا ، مع فارق الثبوت بالشرع فيه عن النشوء بالشرط فى الارادى ، فمثلا خيار المجلس ، وهو أقوى الخيارات الحكمية ثبوتا عند القائلين به ، يقول فيه العز بن عبد السلام : « دخل فى البيع خيار المجلس على خلاف قاعدته . . . ولو شرط أحد المتعاقدين (سقوط) خيار المجلس لسقط على المختار ، لأن سقوطه موافق لمقاصد العقد (القواعد ٢/١٢٦) ثم قال : بخلاف ما لو شرط نفي الملك والقبض لأنهما مراغمان لمقاصد العقد .

(٢) فتح القدير : ٥ / ١٠ والروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، للسياغى : ٣/٥٠٦ والبدائع : ٥/١٧٤ و٢٠١٥ .

(٣) يرجع إلى تعاريف أصول الفقه فى معظم مطولات الأصول . ويقول ابن تيمية فى المسودة (ص ٥٧١) بأن من أوسع اطلاقات الأصل فى مجال أدلة الشرع تناوله الكتاب والسنة والاجماع . فاشتراط الخيار غير مخالف للاجماع بل هو من مستنداته « وهو كاف » كما قال النووى (المجموع ٩ / ٢٠٤) .

(٤) يرجع أيضا إلى مبحث القياس فى كتاب الأصول كافة ، ومن ذلك قولهم : كثرة الأصول مما يكون به الترجيح بين الأقيسة « (التعارض والترجيح للدكتور محمد حسن فايد ص ٤٤)

وعدمه كما أن اثبات الخيار ليس مخالفا للأدلة أو النصوص .

٣ – الاستصحاب ، بمعنى أصالة عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما . .

٤ – القاعدة المستفادة من العمومات التى يجب الرجوع إليها عند الشك .

٥ – المعنى اللغوى بمعنى ما وضع عليه الأمر وابتنى عليه . والمراد هنا : ان وضع البيع وبناءه عرفا وشرعا على اللزوم وصيرورة المالك الأول كالأجنبى ، وإنما جعل الخيار فيه حقا خارجيا لأحدهما أو لهما يسقط بالاسقاط وبغيره ، وليس البيع كالهبة التى من حكمها فى الشرع جواز رجوع الواهب . . [١] .

وهذه المرادات الثلاثة الأخيرة صالحة للقصد هنا وخاصة المراد الرابع (القاعدة المستفادة من العمومات التى يجب الرجوع إليها عند الشك) . وترجيحها يؤدى بنا لمعرفة الثمرة أو الفائدة العملية لهذا البحث . وقد صرح بذلك السياغى فى قوله : شرط الخيار يرفع استقرار العقد ، إذ يصير به كالمقيد بمستقبل ، فكان مخالفا للقياس ، « فيقتصر منه على ماورد » [٢] .

والذى يظهر لى أن الخيارات ليست سواء فى هذا ، فخيار الشرط وأمثاله مما ثبت للتروى ، وكان ثبوته بإرادة العاقد هو الذى ثبت على خلاف الأصل وعلى سبيل الاستثناء من القاعدة التى هى اللزوم ، وقد كان لهذا أثره فى أحكام تلك الخيارات ، كمنع الزيادة عن ثلاثة أيام فى توقيت خيار الشرط [٣] . أما خيار العيب وأمثاله أى الخيارات التى تندرج عند بعض الفقهاء تحت اسم (خيارات النقيصة) وهى التى تثبت لاختلال الرضا وأحيانا لنقص المبيع أو مغايرته للمعقود عليه فهى ليست مخالفة للأصل ، بل ان ثبوتها أصل فى ذاته . وفى ذلك يقول الكاسانى [٤] :«فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع

---

(١) المكاسب للانصارى ص ٢١٥ .

(٢) الروض النضير : ٥٠٦/٣ .

(٣) بدائع الصنائع : ٥ / ١٧٤ والمجموع : ٩ / ٢٠٤

(٤) البدائع : ٥/ ٢٧٤ .

فلا يلزم حكمه » . ثم أفاض فى بيان دواعى خيار العيب ، إلى أن قال : « فانعدام الرضا يمنع صحة البيع ، واختلاله يوجب الخيار فيه ، اثباتا للحكم على قدر الدليل » .

هذا ، وقد تكرّر عند الحنفية والشافعية فى أمر توقيت خيار الشرط ، بالاقتصار على أقل مدة ، لأنه «كان مقتضى الدليل منع شرط الخيار ، لما فيه من الغرر ، وانما جوّز للحاجة ، فيقتصر فيه على ما تدعو إليه الحاجة غالبا»[1] .

أما فكرة الاقتصار من الخيار على ما ورد – كما يقول السياغى – فيجب تفسيرها بما ثبت الدليل عليه فى نص أو إجماع أو قياس ، فإن الكثير من الخيارات ثبت بالأخيرين ، لا بالنص [2] .

بل ان هذا الرأى لا يقطع السبيل على استحداث الجديد من الخيارات التى تدعو إليها الحاجة بعد أن تستوفى فى اعتبارها المبادئ العامة للعقود والشروط ويستأنس فى ذلك أيضا بالأحكام العامة للخيار .

وجدير بنا أن لا نخال هذا الحكم على الخيار بالثنيا مما يضعفه أو يهون من أمره ، فلنسمع ما يقول المرغينانى فيه : « الخيار من مواجب العقد وأحكامه» [3] فهو ليس دخيلا على العقد أو نشازا بل هو موجب للعقد المقترن باشتراط حق العاقد فى الانسحاب من عقد لا يحقق الخير له . .

---

(١) المجموع شرح المهذب : ٩/ ٢٠٤ .
(٢) الروض النضير : ٥٠٦/٣ .
(٣) الهداية : ٣٠/٣ .

الفصل الثالث

الموقع الفقهي للخيار

وفيه ثلاثة فروع

الأول – صلات الخيار بنظريات عامة

الثانى – مخالفة الخيار لمبادئ عامة

الثالث – اعتبارات فقهية للخيار

تمهيد :

ان الخيار – شأن كل مبحث فقهيّ متشعب – لا ينحصر الكلام عنه في موطنه الخاص دون غيره من الأبواب الفقهية ، بل تنشأ له بتلك الأبواب صلات تفرع وتطبيقات،أو صلات استثناء واحتراز لما يلقيه من قيود على بعض المبادئ العامة ، كما أنه يترك آثاره – أو يتأثر – بما تقتضيه نظريات فقهية أخرى كثيرة الأفراد والمشمولات . . وأخيرا للخيار عامّةً آثار غير آثار كل خيار على حدة ، فقد يتعين اتخاذ اجراء فى البيع مثلا مراعاة لوجود الخيار . . وتلك الاعتبارات الفقهية الملحوظ فيها عامل وجود الخيار كثيرة ومتناثرة فى أبواب الفقه ، وليس من اليسير حصرها انما الغرض ذكر ما ساقت إليه المصادفة وسيكشف التتبع الكثير منها .

الفـرع الأول
صلات الخيار بنظريات عامة

المبحث الأول
صلة الخيار بنظرية العقد

تنشأ صلة الخيارات بنظرية العقد من حيث ان الخيارات هى قيد بالغ الأهمية فى تلك النظرية ، كقيد الشروط . . غير أن الشروط هى لتحصيل زائد عن مقتضى العقد لمجرد الترفيه وجر المغنم ، أما الخيارات فقد يقصد منها ذلك كما يقصد منها دفع ضرر يلحق بالعاقد ليس من المقتضى الأصلى للعقد بل من مخالفة العاقد الآخر لمقتضاه ، وسبيل ذلك إيقاف قوة اللزوم فى العقد لتمكين العاقد من فسخه .

ولكل من الخيارات موقعه فى نظرية العقد ، بحسب طابعه ودواعى نشوئه ، بعد أن تكون جميعها مؤثرة فى سلب لزوم العقد ، فبعض الخيارات تقتصر صلته بنظرية العقد على هذا العامل كخيار الشرط وخيار المجلس مثلا ، فى حين يتصل بعضها بصحة التراضى وسلامة الارادة من الشوائب

والعيوب ، ويتصل بعض آخر منها باختلال التنفيذ .

فتعلق الخيارات بنظرية العقد يكاد يسمركز فى موطنين منها ، حيث يجتذبان إليهما معظم الخيارات ، وهما :

١ – صيغة التعاقد ، بسلامة الارادة العقدية وصحة التراضى فيها وما يتصل بذلك من عيوب الارادة وشوائب الرضا .

٢ – آثار العقد من حيث النفاذ واللزوم والتنفيذ . . وهذان الجانبان هما أهم جوانب العقد من الناحية العملية ، فإذا أدركنا عراقة موقع الخيار فى نظرية العقد ووثاقة الصلة بينهما آن لنا التفقد الاجمالى للوشائج الرابطة للخيار بالنظرية الأم وسنجد الخيارات موزعة فى دقة لتعديل ما ينجم عن قوة اللزوم من اختلال الرضا لأحد العاقدين فيوافق الخيار طبقه . . ويتحقق العدل المنشود من المعاملات . . قال الكاسانى : « اختلال الرضا فى البيع يوجب الخيار » (١) .

أولا – عند صدور الايجاب والقبول وهما صيغة العقد التى يراد بها الدلالة على توافق الارادتين يبرز (خيار الرجوع) عن الايجاب و (خيار القبول) له ، ثم (خيار المجلس) للتروى فى العقد المولود . .

ثانيا – إذا وجد العاقد أن مدة المجلس لم تكف للتروى واضطر لقطعها أو خاف من صاحبه اخترامها لجأ إلى (خيار الشرط) جلبا لمصلحة العاقد . قال العز بن عبد السلام: « وقد لا يتحقق العاقد فى مدة المجلس أنه غابن أو مغبون فشرع خيار الشرط ، مقدرا بثلاثة أيام ، تكميلا للغرض من شرعية الخيار » (٢) . ونحو ذلك يقال فى خيار التعيين والنقد والرؤية مما يهدف منه إلى التروى سواء كان اراديا أو حكميا .

---

(١) البدائع : ٥/٢٩٢ .

(٢) القواعد : ٢ / ١٢٦ .

ثالثا – عند التعريج على صحة التراضى الذى هو لب نظرية العقد فى أوج اكتمالها ، بدءا من أهلية العاقد وانتهاء بعيوب الارادة ، سنجد الخيارات العديدة متناثرة فى هذا الجانب من نظرية العقد ، كالصُّوىٰ فى الطريق أو كالجواهر فى محاك الساعة فكلما خيف على ارادة العاقد من أن تعاب أو تشاب بشائبة ، وضع فى يده مصير تلك العلاقة العقدية للموازنة والاختيار بين المضي فيها أو الإحجام عنها ، وأحيانا يدخل فى الخيار مكنة التعديل كما فى خيار العيب .

وشوائب الارادة هى الاكراه ، والتدليس (أو الخلابة) ، والغلط ، واختلال التنفيذ . فإذا تركنا الأضواء تنفذ فى تضاعيف هذه الأمور الأربعة رأينا أن شائبة الاكراه تمنح المستكرَه خيارا عند المالكية ، وينوب عنه (التوقف) عند زفر و (الفساد) عند الحنفية ، و (البطلان) عند الشافعية [1] . .

أما شائبة الغلط ، ويراد هنا الغلط غير المانع من الانعقاد ، فنجد خيار الوصف ثم خيار العيب الذى لم يدلسه صاحبه ، كما أن خيار الرؤية مظنة لغلط العاقد . ثم الغلط فى القيمة يعالج بخيار الغبن مع التغرير ، أو خيار الغبن الفاحش عند مثبتيه ، ثم خيارات النجش والمسترسل وتلقي الركبان .

رابعا – إذا انتقلنا إلى عيب آخر من عيوب الارادة هو التدليس أو التغرير وهو يحدث بفعل كالتصرية ولها خيارها،أو بقول وكذب فتبرز خيارات النجش والاسترسال ، أو خيارات خيانة بيوع الأمانة كالمرابحة والتولية والنقيصة .

خامسا – إذا غادرنا عيوب الرضا إلى آثار العقود يلوح لنا اختلال التنفيذ كعنصر جدير بالعلاج ، وكثيرا ما تنشأ عنه حالات لها صلة بالتراضى ويصاحبها خيار يتلافى به ما أحدثته من أثر . من ذلك : تفرق

---

(١) البدائع : ٧/١٨٦ رد المحتار : ٥ / ١٢٥ الدسوقى : ٣/٦ الخرشى : ٥ / ٩ الوجيز : ٢ ا ١٢٢ .

الصفقة ، وظهور عيب غير مدلس ، وظهور المبيع مرهونا أو مأجورا ، ولكل هؤلاء خيارات معروفة . [1]

وهكذا نجد أن الخيارات ما هى الآمحطات استراحة ، من عناء لزوم العقد كلما استحال ذلك المبدأ الضرورى إلى رهق . . أو هى مراكز اسعاف من أدواء تعرض للعقد منذ ولادته إلى انقضائه .

المبحث الثـانى

صلة الخيار بنظرية الفسخ

لم يضع الفقهاء نظرية عامة للفسخ ، بل تناثرت أبحاثهم فيه بمناسبات مختلفة بصورة حلول عملية جزئية ، أو أشباه وفروق وقواعد وعليها اعتمد من كتب فى تلك النظرية [2] . والفسخ المراد المقارنة به الآن ليس الذى عرّفه الفقهاء بقولهم : حل ارتباط العقد ، أو رفع للعقد من حينه أو من أصله — على الاختلاف — فذاك تعريف لعملية الفسخ لا للفسخ بموجب النظرية العامة المعروفة فى القوانين الغربية ، فالفسخ بحسبها : « انقضاء الرابطة التعاقدية ، لاستحالة التنفيذ ، أو للامتناع عنه ، أو للاخلال به » . فالفسخ فى ضوء هذا التعريف ذو طبيعة مزدوجة ، فهو بالنسبة للدائن وسيلة من وسائل الضمان لمن يملك الفسخ يستطيع بها المحافظة على حقوقه بعد أن تعرضت للضياع بفعل المتعاقد معه أو بسبب أجنبى طارىء . وهو بالنسبة للمدين : جزاء قانونى لامتناعه عن التنفيذ أو لاخلاله به . وقد ارتأى الدكتور الذنون تعريفه فقهيا بأنه « انهاء للعقد الصحيح ناتج عن شرط أدرجه المتعاقدان فى العقد ، أو شرط افترضه الشارع ، أو ناشئ عن استحالة تنفيذ الالتزام » [3] وقد قصر

---

(١) تجدر الاشارة إلى أن معظم الفقهاء المصنفين أوردوا الخيارات فى كتاب البيوع باعتباره أول عقود المعاملات وأهمها ، ولينظر من الكتابات الحديثة ترتيب منازل الخيارات فى نظرية العقد فى كل من مصادر الحق ، للسنهورى ٤ / ٢٣١ و ٢ / ١ — ٤٠ و ٥٧ — ٦١ و ١١٧ و ١٣٠ و ١٣٦ و ١٤٣ و ١٦١ و ١٧٥ والمدخل الفقهى العام الفقرات ١٨٦ — ١٩٦ و ٢٠٨ — ٢١٩ وغيرها .

(٢) النظرية العامة للفسخ ، للدكتور حسن على الذنون (رسالة دكتوراه) جامعه فؤاد الأول (ط . القاهرة) ١٩٤٦ ، مصادر الحق ، للسنهورى ، مبحث الفسخ فى الفقه الاسلامى ج ٦ ص ٢١٥ — ٢٤٣ الامتناع المشروع عن الوفاء ، للدكتور صلاح الدين الناهى ، رسالة دكتوراه بالقاهرة ١٩٤٥ .

(٣) النظرية العامة للفسخ ٣٢ .

الفسخ على العقد الصحيح فأسباب الفسخ مقتصرة على الأمور التى تطرأ على العقد فتمنع بقاءه ، كما لم يشر إلى الفسح للامتناع لأن الشريعة الاسلامية لا تعترف بالامتناع عن التنفيذ سببا من أسباب الفسخ [١] .

ولما تناول الدكتور الذنون أسباب الفسخ أو حالاته جعلها أربعا : استحالة التنفيذ ، والامتناع عنه ، والظروف الطارئة ، والخيارات [٢] .

فالخيارات عنده من أسباب الفسخ ، والظاهر أن هذه الأسباب محددة بحسب مفهوم النظرية القانونية التى يكتبها . غير أن الدكتور السنهورى حين أشار إلى معرفة الفقه الاسلامى بنظرية الفسخ قرر أن الفقه الاسلامى ضيّق من مدى تلك النظرية وتوسع فى فسخ العقد وراءها وذلك فى حالتين ، هما : حالة العقد غير اللازم بطبيعته ، وحالة العقد غير اللازم لقيام خيار فيه [٣] . ثم كرّر هذا الموقف باستبعاده طائفتين من العقود : (الطائفة الأولى منها) العقود التى يقوم فيها خيار ، لأن قيام خيار فى العقد يجعله قابلا للفسخ ، ولكن ذلك لا يرجع إلى نظرية عامة فى الفسخ ، بل إلى قيام الخيار ذاته [٤] » .

أما التمييز بين الخيار والفسخ عامة فهو أن الخيار صورة من صور الفسخ فبينهما خصوص وعموم مطلق فالخيار أخص من الفسخ .

المبحث الثالث

صلة الخيار بنظرية الشروط

لابد من توطئة فى النظرة الفقهية إلى قضية الشروط هل الأصل فيها الاباحة حتى يرد دليل التحريم لفرد من أفرادها ، وعلى هذا لا حاجة للخيار

(١) النظرية العامة للفسخ ص ٣٢ - ٣٣ .
(٢) النظرية العامة للفسخ ٧٦ .
(٣) مصادر الحق ٦ /٢١٥ .
(٤) مصادر الحق ٦ / ٢١٦ .

المشروط إلى ما يسوغه ، أم أن الأصل فى الشروط المنع والتحريم وأن لا يباح شرط ولا يصح الاّ بدليل معين على إباحته وصحته "[1]. ؟

وهذه المسائل تدعى فى الفقه مبحث الشروط فى العقد ، أو الشروط العقدية .

كما تسمى فى القانون : نظرية سلطان الارادة فى آثار العقد ، وإذا كان يعرف أصحاب الرأى الأول القائلون بأصالة الاباحة بمذهب الاطلاق ، وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم وعندهما أنه مذهب الامام أحمد ، كما أنه الراجح عند الامامية ، فان أصحاب الرأى الآخر الذين يعتبرون الأصل هو التقييد مذهبهم التمسك بمقتضى العقد ويشمل الحنفية والمالكية والشافعية وجمهور الحنابلة [2] .

ولا مجال للاستطراد فى تشعبات هذا الموضوع فله مراجعه المطولة [3] ، والمهم أن القول باستثناء الخيار الارادى من قضية الشروط لا تتوافر دواعيه الاّ عند الآخذين بمقتضى العقد ، حيث ان الخيار فيه معارضة لها ، لأن العقد المشتمل على خيار قد خولف فيه مقتضى العقد ، فخيار الشرط فيه تعليق لوجود الالتزام على تحقق الاجازة ، وخيار النقد فيه تعليق لزوال الالتزام على تحقق الشرط وهو عدم النقد ، وهكذا . .

وعلى هذا جاء تصريح ابن الهمام بأن « شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس ، لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط » [4] . والذين كتبوا فى نظرية الشروط ، كتابة مستقلة أو مرتبطة بمباحث العقد [5] ،

---

(١) الاحكام فى أصول الاحكام لابن حزم ٥/٣ – ٦٤ والمحلى ٨/٤١٤ .

(٢) ذكر ابن رشد من أسباب الفساد العامة فى العقود : الشروط التى تئول إلى الربا أو الغرر (بداية المجتهد ٢/٨) .

(٣) نظرية الشروط المقترنة بالعقد ٦٠ – ٩٣ والمراجع المذكورة فيه .

(٤) فتح القدير : ٥/١١٠ .

(٥) يقول الشيخ زكى الدين شعبان : ان الحنفية والشافعية والمالكية وجمهور الحنابلة يتفقون فيما بينهم على التمسك بمقتضيات العقود وأحكامها وابطال كل شرط يخالفها إلاّ إذا قام الدليل المعيّن على صحته (نظرية الشروط ص ١٣٣) .

ذهبوا – بحق – إلى ترجيح اطلاق الاشتراط وعليه لا تنافى بين اثبات الخيارات الارادية التى تعتمد فى قيامها على الشرط . ولكن كيف وفق الفقهاء القدامى بين منع الشروط وإباحة الخيارات .

لا شك أن عذرهم فى هذا مراعاة النصوص والأقيسة التى أدّتهم إلى الذهاب لمشروعية تلك الخيارات فهى شروط منصوصة ، والنزاع بينهم وبين القائلين بالاطلاق انما هو فى الشروط التى لم يرد فيها نص [1] .

ومن هنا جاء تقسيم الحنفية الشروط إلى أربعة أقسام هى : الذى يقتضيه العقد ، أو يلائم ما يقتضيه ، أو يدل النص على جوازه ، أو يجرى به العرف . وجعلوا الخيار من أمثلة الشرط الذى دلّ عليه النص أى الذى ورد الشرع بجوازه ، وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه [2] ، قال الكاسانى ، بعد أن أورد فى الشروط الممنوعة الخيار المؤبد ، ومجهول الوقت ، والمطلق عن التوقيت ، والزائد عن الثلاث : « وأما شرط خيار مؤقت بالثلاث فما دونها فليس بمفسد ، استحسانا ، لحديث حبان بن منقذ ، ولمساس الحاجة إليه لدفع الغبن والتدارك عند اعتراض الندم » [3] ، وقال أيضا : خيار الشرط ملائم للعقد – كالأجل – وانما المفسد زيادة مدته [4]

الفـرع الثـانى

مخالفة الخيار لمبادئ عامـة

تمهيـد :

رأينا فيما مضى أن الخيار يعتبر استثناء عن بعض القواعد العامة ، وبالعبارة الفقهية المألوفة : ثابت على خلاف القياس ، ذلك لأن الشريعة

---

(١) الشروط المقترنة بالعقود ١٠٥ المدخل الفقهى العام ف/ ٢١٥ فما بعدها .

(٢) نظرية الشروط : ١٠٥ .

(٣) البدائع : ٥/ ١٧٤ .

(٤) البدائع : ٥/ ١٧٩ .

قررت بعض المبادئ بصورة عامة واعتبرتها هى الأصل ، كما استتبع ذلك سريان آثارها فى جميع تضاعيف الأحكام الشرعية . وفى الوقت نفسه أخرجت بعض المسائل والصور من عموم مبدأ ما على سبيل الاستثناء لتدور فى فلك مبدأ آخر لأن دواعى ارتباطها به أشد من المبدأ الأصل [١] .

وبالنسبة للخيار ترجع مخالفته (أو الاستثناء فيه) لبعض القواعد إلى أمور أهمها : مخالفته لمبادئ منع الغرر ، ومنع الجهالة .

المبحث الأول
مخالفة الخيار لمنع الغرر

معنى الغرر فى اللغة : الايهام والتوريط [٢] ، وهو فى هذا كالتغرير وهما : تزيين الخطأ بما يوهم أنه صواب [٣] .

والمراد به عند الفقهاء « التردد بين أمرين أحدهما على الغرض ، والآخر على خلافه [٤] » أو : هو ما لا يدرى أيكون أم لا يكون – كما قال الجرجانى فى تعريفاته [٥] وتابعه عليه الزيلعى وغيره .

وقد انتزع أبو اسحاق الشيرازى [٦] من المعنى اللغوى للغرر معناه شرعا فقال : الغرر ما انطوى عن العاقد أمره ، وخفي عليه عاقبته . ومنه قول عائشة من خطبتها فى أحوال أبى بكر وفضله : فردّ نشر الاسلام على غرّه ، أى على طيّه ، و (المبيع) المعدوم قد انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته .

---

(١) أشار ابن رشد إلى أن أسباب الفساد العامة منها ما هو داخلى ومنها ما يكون الفساد لأسباب خارجية ثم ذكر أن ما يحصل به الفساد لأسباب داخلية هو : تحريم عين المبيع ، الربا ، الغرر ، الشروط التى تئول إليهما ، (بداية المجتهد ١٠٤/٢) والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل (١٢٢/٢) .

(٢) القاموس المحيط (مادة غر) .

(٣) الكليات لأبى البقاء ص ٤٨٧ .

(٤) الدسوقى ٣ / ٥٥ .

(٥) التعريفات ص ٨٦ .

(٦) المهذب : ٢٨٠/٩ .

لكن ابن فارس ذهب مذهبا آخر ، فحصر مادة (غر) فى ثلاثة أصول ، وسلك الغر (بمعنى الطى) فى الغرار بمعنى المثال ، وجعل (بيع الغرر) من أصل آخر هو النقصان من (الغرار) : نقص لبن الناقة ، وفسر بيع الغرر بالخطر الذى لا يدرى أيكون أم لا ، فهذا ناقص لا يتم البيع فيه أبدا [1] .

والخيار – بوجه عام – يعتبر استثناء من مبدأ منع الغرر فى المعاملات والوجه فى ذلك المنع أداء الغرر إلى النزاع وهو أمر يتحاماه الشرع درءا للخصام والشحناء .

أما وجود الغرر فى الخيار فهو أن المتعاقد لا يأمن أن يؤول العقد المخيّر إلى الفسخ أو الامضاء ويجعله هذا عقدا احتماليا من بعض الوجوه لاحتمال العدم . فالعقد المتضمن خيارا هو « على خطر الوجود » بالتعبير الفقهى ، وقد صرحت باشتمال الخيار على الغرر كثير من عبارات الفقهاء [2] أصرحها قول الرملى الكبير : « والخيار أعظم غررا من الأجل ، لمنعه الملك أو لزومه [3] .

ولننتقل الآن إلى كيفية التوفيق بين مبدأ منع الغرر فى العقود وبين ثبوت الخيارات . والمهم من الخيارات هاهنا ما ثبت بارادة العاقد ، وكانت مشروعيته بالاجتهاد لأن ما كان من هذا القبيل يطالب المجتهد بالتخلى عن اثباته إذ لا اجتهاد فى مورد النّص أما الخيارات التى شرعت بالنص فإنها فى غنية عن التوفيق مع مبدأ منع الغرر لأن خصوصية النص المثبت لها أقوى من عموم النهى عن الغرر .

---

(١) معجم مقاييس اللغة : ٤ / ٣٨١ وأساس البلاغة (مادة غر) .

(٢) منها ما فى المقدمات لابن رشد (الجدّ) ٥٥٧ وبداية المجتهد لابن رشد (الحفيد) ٢ /٨ والقوانين الفقهية ٢٤٧ والبدائع ٥ /١٧٤ وفتح القدير والعناية ٥ / ١١٠ والمجموع ٩/ ٢٠٤ والخرشى ٤/ ١٩ .

(٣) حواشى الرملى على أسنى المطالب شرح روض الطالب ٢/ ٥٢ وإيضاح ما ذكره الرملى من تفوق الخيار على الأجل فى وجود الغرر ، هو ما ذكره قبله امام الحرمين : الخيار فى التحقيق : تأجيل لالزام الملك أو نقله ، والأجل تأخير المطالبة (المجموع ٩ /٢١٥) .

ذهب الكاسانى إلى توسيع الغرر الموجود فى خيار الشرط ونحوه بعد أن صرح بالتسليم باشتمال الخيار على غرر حيث « تعلق انعقاد العقد على غرر سقوط الخيار » والداعى إلى تسويغه هو أنه « ورد نص خاص بجوازه فيتبع مورد النص » [1] . ويرى البابرتى من الحنفية فى كلامه عن خيار الشرط أن « من حقه أن لا يدخل فى البيع ، لكونه فى معنى القمار ، ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بدّ من العمل به [2] » ، وجاء فى بيان ابن الهمام – الشارح المتأخر عن زمن البابرتى – إيضاح كلامه مع مناقشة لطيفة لما فيه حيث يذكر أن عمل الخيار هو اثبات الخطر فى ثبوت الملك ، وبذلك يشبه القمار والخطر هنا المخاطرة والاحتمال فى ثبوت حكم العقد بدلا من تيقنه ، وكأن ابن الهمام آنس من تشبيه الخيار بالقمار – بجامع الغرر – شدة يعسر التخريج معها ، فأبدى وجها وجيها بأن اعتبار العلة لتحريم القمار هى الخطر والغرر غير سالم من المنازعة والتعقب ، فالقمار فى نظره السديد « ما حرم لمعنى الخطر ، بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك ، فان الشارع لم يضع ظهور العدد الفلانى فى ورقة مثلا سببا للملك ، والخطر طرد فى ذلك لا أثر له » . ولم يكتف ابن الهمام بهذا ، لأن اختلال تشبيه الخيار بالقمار المحرّم فى المخاطرة لا يبرىء ساحة الخيار ، فالغرر نفسه جاءت النصوص بالنهى عنه – فى صورة النهى عن بيع الغرر – يقول ابن الهمام جوابا عن هذا « فذلك الغرر فى المبيع ، وهذا فى أن الملك هل يثبت أو لا ؟ » [3] أى فالغرر المنصوص على النهي عنه هو ما تعلق بمحل العقد – أصلا أو وصفا – بحيث صار بمعرض العدم . أما الغرر فى حصول العقد – لا المعقود – وجودا وعدما فهو سائغ . .

أما ابن رشد (الجدّ) فيرى أن الغرر ليس كله موضع نهي ، فالخيار فى البيع هو فى أصله غرر ، وانما جوزته السنة لحاجة الناس إلى ذلك ، . . .

---

(١) البدائع : ١٧٤/٥ .

(٢) العناية شرح الهداية : ١١٠/٥ .

(٣) فتح القدير : ١١٠/٥ .

ثم ان الغرر اليسير الذى لا تنفك البيوع عنه مستخف مستجاز [1] ويقول النووى عن الغرر فى خيار الشرط – بصدد تحديد المدة فى ثلاثة أيام تضييقا لأثر الغرر – :

كان مقتضى الدليل منع شرط الخيار لما فيه من الغرر ، وانما جوز للحاجة فيقتصر فيه على ما تدعو إليه الحاجة غالبا – وهو ثلاثة أيام – [2] .

وهكذا نجد التوجيه لما فى الخيار من غرر دائرا بين تجويزه للحاجة أو تسويغه لضآلته وخفة أثره بعد استثناء ما جاء تبعا . لكن موقف ابن الهمام أولى بالترجيح على أن يكون مرحلة أولى ليخرج من دائرة الغرر فكرة التخيير القائمة على أن العقد قد يثبت وقد لا يثبت ، ثم يلتمس فى التوجيهات الأخرى السند لما يلمح من مظاهر الغرر فى الخيارات المختلفة لا سيما أن تردد العقد بين الثبوت وعدمه مألوف فى العقود غير اللازمة بسبب طبيعتها دون تثريب ولا حرج . ولا شك أن توطين النفس على ما يرافق تلك العقود – أو الخيارات – يفقد الغرر اليسير مغبته .

أما نظرة الشافعية – ونحوها للحنابلة – فقد قال النووى [3] الأصل أن بيع الغرر باطل لهذا الحديث – نهى عن بيع الغرر – [4]. والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه ، فأما ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه ، كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر . . . فهذا يصح بيعه بالاجماع .

ونقل العلماء الاجماع أيضا فى أشياء غررها حقير . . فمدار البطلان بسبب الغرر والصحة مع وجوده على ما ذكرناه وهو أنه إذا دعت الحاجة إلى

---

(١) المقدمات لابن رشد : ٥٥٧ ثم ٥٤٨ والقوانين الفقهية : ٢٤٧ ونحو ذلك قول الخرشى ١٩/٤ « وكان بيع الخيار مستثنى من ذلك لأنه رخصة » .

(٢) المجموع : ٢٠٤/٩

(٣) المجموع : ٢٨٠/٩ – ٢٨١ والمغنى : ٢٦٩/٤ - ٢٩٩٤ .

(٤) أخرجه مسلم ٣٢/٥ وأصحاب السنن وأحمد (جمع الفوائد ٦٥٢/١) .

ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه الاّ بمشقة أوكان الغرر حقيرا جاز البيع والاّ فلا ، وقد يختلف العلماء فى بعض المسائل كبيع العين الغائبة . . ويكون اختلافهم مبنيا على هذه القاعدة فبعضهم يرى الغرر يسيرا لا يؤثر وبعضهم يراه مؤثرا .

ويرى الشوكانى أن النهى انما هو عن غرر يثبت أصالة ، أما ما يدخل فى المبيع تبعا فهو مستثنى ، ويستثنى أيضا ما يتسامح بمثله إما لحقارته أو للمشقة فى تمييزه أو تعيينه [1] . ومن الممكن إضافة استثناء ثالث هو ما ورد النص بثبوته لأن اثبات الشارع له دال على اغتفار ما فيه من غرر وذلك بمثابة التخصيص للنهي العام .

والعقود التى يتسلل إليها الغرر تمنع شرعا وتعتبر باطلة إن كان الغرر فى أصل المعقود عليه ، كبيع المعدوم على احتمال وجوده ، ومنه بيع الحَمْل مثلا . أما إذا كانت فيما وراء ذلك من أوصاف ومقادير ونحوها من الأمور الفرعية فوجبها الفساد ، كالشركة مع اشتراط مقدار معين من الربح ، لا نسبة شائعة ، والفاسد ينقلب صحيحا إذا أزيل سبب الفساد ، كما أنه يملك بالقبض ويعتبر حينئذ القيمة لا الثمن المسمى فى العقد [2] .

ومن الطريف أن يذكر هنا أن للمالكية توجيها للخيار المشترط بأنه لتخفيف الغرر . فمن المقرر عندهم أن بيع الغائب لا يجوز الاّ مع الوصف لنوعه وجنسه ، هذا إذا كان البيع على اللزوم ، أما إذا كان البيع على شرط خيار للمشترى إذا رأى المبيع فيجوز بيع ذلك الغائب بلا وصف ، قال الدردير : « ليخف غرره » [3] أى لما يكون له من امكان الرد إذا وجد نفسه قد وقع فى الغرور لمشاهدته الغائب على خلاف مراده .

---

(١) نيل الأوطار : ١٦٧/٥ .

(٢) المدخل الفقهى : ف/٣٧٤ و ٣٧٩ .

(٣) الشرح الكبير على خليل للدردير : ٢٦/٣ .

المبحث الثانى
مخالفة الخيار لمنع الجهالة

الجهالة من المبادئ العامة التى تقع فى العقود فتحدث فيها الفساد . . إذا كانت جهالة فاحشة تفضى إلى نزاع مشكل يتعذر حسمه لتكافؤ ما يتمسك به العاقدان بسبب الجهالة . . (١) .

أما إذا كانت الجهالة يسيرة أو كانت لا تفضى إلى نزاع يستغلق فيه الأمر عند الفصل ، فانها لا تضير العقد.ومثال ذلك ما لو كانت الجهالة فى الاسقاط أو الابراء ، لأن « الساقط يتلاشى فلا يحتاج إلى تسليم . . . ولأن المبطل لتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم » (٢) وكذلك حيث يرافق الجهالة تعيين ذاتى ينحصر به المعقود عليه ، كبيع كل ما فى الصندوق (٣) .

وقد كان لابن رشد صنيع خاص فى إدماج مبحث الجهالة مع مباحث الغرر ، فالثالث من أسباب فساد البيع (عنده) من قبل الغبن الذى سببه الغرر ، والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه : إما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع ، أو بقدره ، أو بأجله إن كان هنالك أجل ، وإما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه ، وهذا راجع إلى تعذر التسليم ، وإما من جهة الجهل بسلامته ، أعنى بقائه . هذا تقسيم ابن رشد للجهالة (٤) بعدما ربطها بالغرر ، ومن الواضح أن الصورتين الأخيرتين هما من الغرر ، وأما ما قبلها من الصور فهو من باب الجهالة مع اختلاف تعلقها . .

---

(١) البدائع : ٢٠٧/٤ .

(٢) فتح القدير : ١٨٣/٥ .

(٣) رد المحتار : ٢/٤

(٤) بداية المجتهد : ١٢٢/٢ - ١٢٣ .

ومخالفة الخيار لمنع الجهالة تبدو فى عدة أمثلة :

١ - خيار التعيين لما فيه من جهالة المبيع عند العقد لكنها جهالة لا تفضى إلى النزاع المشكل لما فيه من تفويض أحدهما الآخر بالاختيار لازالة تلك الجهالة [(١)] .

٢ - خيار كشف الحال ، حيث يكون الثمن فى صرة مجهول ما تشتمل عليه ، وهنا يشفع لهذه الجهالة ما ذكرناه عن وجود التعيين الذاتى الحاصر ، ثم الخيار نفسه معزّز لتحقيق الرضا التام . .

٣ - خيار الشرط ، وأمثاله من الخيارات المشتملة على مدة ، فإن أمد الخيار بالرغم من معلوميته وتحديده بثلاثة أيام أو بأكثر هو فى حيز الجهالة لأن العاقد الحائز على الخيار ليس ملزما باستغراق المدة المحددة بل فى وسعه إسقاط خياره بعد يوم أو ساعة . لكن هذه الجهالة تشبه حالة السقوط أو التلاشى ، فالعاقد الآخر قد علم بأمد الخيار المحدد ، فإذا ما سقط هذا الأمد من مشترطه فانه لا يزداد الاّ تحقيقا لرغبته فى امضاء العقد وتأكده . . انما الضير عليه فى تجاوز المدة التى قبل بها أو تأبيد الخيار أو توقيته بما لا يعرف وقته بشكل منضبط ، وهو مما يحدث النزاع المشكل . .

٤ - خيار المجلس ، من حيث أمده ، لأنه لا يدرى متى يسقط بحصول التفرق ، لكن تلك الجهالة يسيرة - بعد التنصّل من الصور النادرة التى تذكر فى المناقشات والحجاج - لأنه محدود بأمر لا يستغنى عنه الانسان وهو الانتقال لحاجات أخرى تعرض له . .

٥ - خيار العيب ، أمده غير محدود ، لأن ظهور استحقاق العاقد للخيار ، ثم مزاولته لهذا الحق لا يدرى كم يستغرق . . لأن خيار العيب - كما

(١) الدرر شرح الغرر : ٢/١٥٤ .

سنرى – غير مؤقت بوقت . ولا تضر تلك الجهالة ، لثبوت الخيار بنص ،، ومن مسوغاتها أن العاقد الذى ثبت له خيار العيب هو صاحب الحظوة ، والتوقيت مجعول فى يده . . بالتنازل عن الخيار أصلا أو المبادرة للفسخ أو التقاضى . . أما الآخر الذى دلّس العيب أو لم يبينه لصاحبه أو لم يتبرأ منه فيستحق الحرمان من معرفة أمد الخيار بدءا وامتدادا ، وذلك جزاء وفاق على فعلته أو بحكم ضمانه فالغرم بالغنم . .

وهكذا نجد مع عنصر الجهالة فى بعض الخيارات عوامل أخرى تمنع النزاع وتستأصل ما فى الجهالة من قوة الإفساد للعقد . فضلا عما فى الخيارات من بواعث لتحقيق مصالح ضرورية أو تحسينية .

الفـرع الثالث

اعتبارات فقهية للخيار

تمهيـد :

فضلا عما سبق الحديث عنه عن صلة الخيار بالنظريات الأخرى – صلة تفرع أو اقتران – أو مخالفته لبعض المبادئ العامة والتوفيق بينه وبينها ، هنالك اعتبارات فقهية للخيار فى أبواب من الفقه ، لما ينصبّ عليه من آثار مبادئ ونظريات أخرى ، أو ما يحدثه الخيار من آثار فى مواضيع فقهية مشهورة تصحيحا وافسادا .

لكن هذه الجوانب لم تبلغ مبلغ ما سبق فلم يستدع ذلك افرادها بمباحث أو مقاسم خاصة ، كما أن ما هنا ليس كل ما ينتظمه العنوان ، بل هى نماذج لبيان الأهمية الفقهية للخيار . .

الخيار ونظرية القبض :

من النظريات الفقهية التى احتك بها الخيار نظرية القبض ، وخاصة بصدد خيار الرؤية ، لأنه هو الذى يمنع تمام القبض .

قال السرخسى : وتمام القبض لا يكون إلاّ بعد تمام الصفقة ، والصفقة لا تتم مع بقاء خيار الرؤية[1] وقال الكاسانى : وتمام القبض باسقاط الخيار ، لأن خيار الرؤية يمنع تمام القبض ، ولهذا لا يملك التفريق بعد القبض ، لأنه غير مقبوض[2] . أى لأن المعقود عليه غير تام القبض فى النظر الشرعى ولو كان مقبوضا فى الظاهر . وذكر صاحب الهداية أن القبض على نوعين : قبض تام ، وهو أن يقبضه وهو يراه ، وإنما كان هذا قبضا تاما لأن خيار الرؤية يبطل بهذا القبض ، وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض ، فلما بطل بهذا القبض من المشترى كان قبضا تاما . (وقبض ناقص وهو أن يقبضه مستورا) إذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه[3] .

فهذا عن خيار الرؤية المانع لتمام القبض ، أما عن خيار الشرط فيقول ابن الهمام أنه لا نص فيه عن أبي حنيفة وأصحابه ، فهو على الخلاف ، وأما خيار العيب فانه لا يمنع تمام القبض [4] .

الخيار ونظرية الغلط :

مما يذكر الكتاب المحدثون أن نظرية الغلط لم تجد لها فى الفقه الاسلامى مكانا موحدا يلم شعثها ويجمع شتاتها والسبب فى رأي بعضهم هو أن الغلط شيءنفسى ذاتى ، والفقه الاسلامى ذو نزعة موضوعية واضحة . وهناك توجيه آخر لعدم اهتمام الفقهاء بها هو الترجيح لمصلحة استقرار التعاقد ، فلم يفردوها ببحث كما صاغوا الاكراه مثلا . . [5] ولهذا انتشرت

---

(١) المبسوط : ٧٣/١٣ .

(٢) البدائع : ٢٩٦/٥ .

(٣) الهداية وفتح القدير : ١٤٥/٥ ونحوه فى البدائع ٢٩٦/٥ والمبسوط ٧٣/١٣ .

(٤) فتح القدير : ١٤٦/٥ .

(٥) مصادر الحق : ١١١/٢ والمدخل الفقهى العام ف/١٩١ .

نظرية الغلط فى جوانب متفرقة مبعثرة من الفقه فهنا خيار الوصف ، وهناك خيار العيب ، وخيار الرؤية بسبب اختلاف الجنس فى المعقود عليه .

ويقول السنهورى [1] : ويبدو لأول وهلة أن هذه مسائل مستقلة بعضها عن بعض وألا صلة فيما بينها ، مع أنها جميعا تربطها أوثق الصلات بنظرية الغلط وهمّ الفقهاء فى كل ذلك منصرف إلى استقرار التعامل وانضباطه بقدر ما هو متجه إلى احترام الارادة الحقيقية للمتعاقدين .

وقد رأينا فى صلة الخيارات بنظرية العقد مواطن احتكاكها بشائبة الغلط من شوائب الارادة العقدية ، ويجدر بنا هنا ربط كل خيار من الخيارات المشهورة بنوع الغلط الذى يمتّ إليه بالصلة :

١ - **خيار فوات الوصف** : يرتكز هذا الخيار إلى مبدأ الغلط فى الشيء مع اتحاد الجنس الاّ أن المنفعة تفاوتت دون تفاحش ، فينعقد البيع صحيحا نافذا ولكنه يكون غير لازم إذ يثبت فيه خيار الوصف [2] .

٢ - **خيار العيب** : وهو تطبيق لمبدأ الاعتداد بالغلط ، لأن العاقد - وإن لم يكشف عن إرادته - قد استخلصت ضمنا من الملابسات وظروف الحال ، ومنها صور من خيار الوصف السابقة ، أو أن تستخلص من طبائع الأشياء ، فسلامة المعقود عليه من العيوب لا تحتاج إلى شرط صريح،والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا [3] فإذا لم تتوافر السلامة فقد اختل رضا العاقد لما وقع فيه من الغلط وله خيار العيب .

٣ - **خيار الرؤية** : ينبثق هذا الخيار عن فكرة الاعتداد بالغلط ولو لم يكشف العاقد عن إرادته . فالمشتري الذى يرد الشيء بعد رؤيته -

---

(١) مصادر الحق : ١١١/٢ .

(٢) الفتاوى الهندية : ١٤٠/٣ البدائع ١٤٠/٥ فتح القدير ٢٠١/٥ .

(٣) فتح القدير : ١٥١/٥ والبدائع : ٢٧٤/٥

استناداً لخيار الرؤية – يفترض فيه أنه لم يجده على الحال التى ظنها [1] ، وكان يعتقد قبل الرؤية أنه يصلح لحاجته فلما رآه أدرك العكس وتبين أنه كان على غلط فى شأنه . « فأساس هذا الخيار هو غلط المشترى فى شيء لم تسبق له رؤيته » . . « ولم يثبت خيار الرؤية للبائع لأن غلطه غير مغتفر » [2] .

٤ – **خيارات الغبن** : مردها فى الغلط فى القيمة ، وإن كان مجرد الغبن مداه أوسع من الغلط لاحتمال وقوع الغبن والمغبون على بينة من قيمة الشيء، والفقه الإسلامى لا يعرض للغلط فى القيمة الاّ عن طريق الغبن [3] ، فأحيانا لا يعتد بالغبن الاّ إذا صحبه تغرير وأحيانا يعتد به ولو لم يصحبه التغرير إذا كان هذا الغبن فاحشا وكان مصحوبا بغلط فى قيمة الشيء.

الخيار ونظرية الغبن :

بالاضافة إلى ما سبق قريبا عن تأثير الغبن مقترنا بالغلط أو مستقلا عنه ، فى خيارات الغبن ، هناك تأثير له فى خيارات أخرى حيث يشترط أو يعفى من اشتراط وجوده وذلك كخيار النجش حيث يختلف الحكم عند الحنفية بين الكراهة والاباحة بحسب وصول السلعة إلى ثمنها وعدمه [4] .

وقد تم لأحد الفقهاء المحدّثين ، بصدد النظر فى الخلابة (التدليس) استخلاص حكم عام لها مفاده : أنه تارة يشترط مع الخلابة (المقتضية

---

(١) البدائع : ٢٩٢/٥ .

(٢) مصادر الحق : ١٣٢/٢ و ١٣٤ .

(٣) لمبحث الغبن يرجع إلى المراجع التالية : البحر الرائق ١١٥/٦ الدر المختار ٤/ ٢٤٦ ، رسائل ابن عابدين ٢ / ٧ ، شرح البهجة للأنصارى ٢ / ٤٥٥ ، مغنى المحتاج ٢ / ٦٥ نهاية المحتاج ٤ / ٧٤ ، القوانين الفقهية ٢٦٨ المواق ٤/ ٤٦٨ والحطاب ٤٧١/٤ ، الدسوقى على الشرح الكبير ١٤١/٣ ، الخرشى ٥/ ١٥٢ الصاوى ٢/ ٦٣ .

(٤) البدائع : ٥/ ٢٣٣ ، فتح القدير : ٢٣٩/٥ ، البحر الرائق : ٩٩/٦ .

للخيار) غبن للعاقد،وتارة لا يشترط ، وذلك بحسب الغاية المقصودة من الخلابة :

فإذا كان الهدف منها زيادة السعر يشترط أن تكون مصحوبة بغبن فاحش وذلك كما فى صور التناجش والتغرير القولى فى السعر (ويستثنى من ذلك الخيانة فى بيوع الأمانة المرابحة وأخواتها فلا يشترط وجود الغبن لأن البيع فيها قائم على أساس رأس المال) .

وأما إذا كان هدف الخلابة خداع العاقد فى صفة المعقود عليه فإنها لا يشترط أن يصحبها غبن فى السعر ، كالمصراة ، وكالبضاعة الموجهة لأن العاقد قد يكون مقصوده الصفة الموهم بها ففواتها يوجب له الخيار [1] .

الخيار هو مجال النهى عن البيع على البيع :

من الأحكام المعروفة فى الشريعة ذم البيع على بيعِ آخر ، أو الشراء على شرائه [2] لما ورد فى ذلك من الأحاديث ، من ذلك ما روى ابن عمر أن النبى ﷺ قال : لا يبع أحدكم على بيع أخيه ، ولا يخطب على خِطبة أخيه ، إلاّ أن يأذن له . وفى رواية أخرى:ولا يسوم على سومه [3] .

أما المساومة على المساومة فهى بأن يقول لمن يريد شراء شيء،بكذا : لا تأخذه ، وأنا أبيعك خيرا منه بهذا الثمن أو بأقل منه ، أو أبيعك مثله بأقل من هذا الثمن . أو يقول لمالك الشيء: لا تبعه وأنا أشتريه منك بأكثر وهذا كله بعد

---

(١) المدخل الفقهى العام ف ١٨٨ ومراجعه : المغنى ٦٩/٤ و ٨٠ و ٩٠ و ١١٣ ورد المحتار ٤/ ٩٦ و ١٣١ و ١٥٥ .

(٢) اختلفوا فى البيع المذكور ، فذهب الجمهور إلى صحته مع الاثم ، وذهبت الحنابلة والمالكية إلى فساده فى إحدى الروايتين عنهم وبه جزم ابن حزم ، ومرجع الخلاف مسألة النهى هل يقتضى الفساد والتفرقة بين كون النهى لذات الشيء أو الوصف الملازم أو لأمر خارج ، نيل الأوطار ١٩١/٥ والمحلى ٤٤٧/٨ م ١٤٦٥ ومغنى المحتاج ٣٧/٢ والفروق للقرافى ٨٢/٢ — ٨٤ .

(٣) رواه أحمد ، ورواية السوم متفق عليها (جمع الفوائد ٦٥٠/١) .

استقرار الثمن بالتراضي صريحا ، وهو ما يسمى بالركون [1] .

وأما البيع على البيع فإما أن يحمل على (المساومة) مجازا باعتبار ما تؤول إليه المساومة ، وإما أن يراد به حقيقة البيع وهو أولى وحينئذ كيف يتحقق البيع على البيع ؟ لا مناص لتحققه من اللجوء إلى حالة الخيارات حيث يكون العاقد (البائع أو المبتاع) متمكنا من الفسخ لعدم لزوم العقد .

والمراد من البيع على بيع أخيه أن يقول شخص لمن اشترى سلعة بعشرة (مثلا) أنا أعطيك خيرا منها بثمنها ، أو أعطيك مثلها بتسعة ، أو يعرض عليه سلعة يرغب فيها المشترى ، كل هذا ليفسخ البيع ويعقد معه . وكذلك الحكم فى الشراء على الشراء ، وهو أن يقول لمن باع سلعة بتسعة : عندى فيها عشرة ، ليفسخ البيع أيضا . وهو – على ما قال البهوتى – قياس على البيع ، ولأن الشراء يسمى بيعا ، فيدخل فى عموم النهى [2] ، ولا حاجة إلى هذا كله مع رواية النسائى لهذا الحديث : لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر . فقد قال المجد بن تيمية : فيه بيان أنه أراد بالبيع الشراء [3] .

وقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المنع هو فى زمن الخيارين (خيار المجلس وخيار الشرط) فلو قال ذلك بعد مضى الخيار ولزوم البيع لا يحرم ، لعدم تمكن المشترى من الفسخ إذن ، فكل من صورتى البيع والشراء على مثلها من غيره لا يتحقق الا بأن يعقد غيره البيع ، ويكون غير لازم « أما بعد لزومه فلا معنى له [4] » وكذلك يباح كل منهما مع صدور الإذن ، لرواية

---

(١) خلافا لابن حزم ، وذلك لورود النص فى البيع فيمن يزيد فتعين أن المراد بالسوم المحرم ما وقع فيه قدر زائد على ذلك بحصول الركون نيل الأوطار (١٩٠/٥) نقلا عن فتح البارى .

(٢) كشاف القناع : ١٨٣/٣ . ومغنى المحتاج : ٣٧/٢ .

(٣) منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار : ١٨٩/٥ .

(٤) الخطيب الشربينى على المغنى : ٣٧/٢ .

« الاّ أن يأذن له [1] . » . وكذلك ما ذكره الشافعية (والحنابلة أيضا) [2] من حصر مجال تطبيق هذه المسألة فى زمن خيار المجلس وخيار الشرط غير مسلم ، بل مجالها فسيح أمام كل خيار . ولذا ألحق الأسنوى بذلك خيار العيب ، وصوّره بما لو اطلع بعد اللزوم على عيب ولم يكن التأخير مضرا ، كأن كان فى ليل . فالمتجه عنده ان ذلك كالخيارين السابقين [3] .

مقابلة الخيار بالثمن :

من المقرر أن الثمن ليس مقابلا لذات المبيع فقط ، بل هو موزع عليه وعلى أشياء أخرى ، كالأجل ، والتوثيقات ، والشروط . .

فهل (الخيار) مقابَل بشيء من الثمن ؟

إذا جرينا على اعتبار الخيار وصفا من أوصاف المبيع فالأوصاف لا يقابلها شيءمن الثمن عند الحنفية ، ولذا علّل المرغينانى [4] لزوم جميع الثمن فى حال حدوث ما يمنع الفسخ فى خيار المرابحة : بأن خيار المرابحة مجرد خيار لا يقابله شيءمن الثمن ، ومثله فى ذلك خيار الشرط وخيار الرؤية حين تعذر الفسخ ، إذ يترتب عليه جميع الثمن ولا يسقط منه شيءبمقابلة الخيار [5] .

لكن خيار العيب لو تعذر الرد يسقط من الثمن مقدار العيب لأجل العيب ، لأن المستحق للمشترى ثمة المطالبة بتسليم الجزء الفائت فسقط ما يقابله عند العجز عن تسلمه [6] .

---

(١) بحث فى نيل الأوطار (٥/١٨٨) الآراء فى شمولها للبيع أو اختصاصها بالخطبة على خطبة أخيه .

(٢) كشاف القناع : ٣/١٨٣ .

(٣) مغنى المحتاج : ٢/٣٧ .

(٤) فتح القدير شرح الهداية : ٥/٢٥٦ والعناية : ٥/٢٥٦ - ٢٥٧ .

(٥) فى الفتح والعناية ان هذا على الروايات الظاهرة . . أما على غير رواية الاصول فعن محمد أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشترى .

(٦) ومما يدل على أن الخيار مقابل بشيء من الثمن مقارنته بزيادة الثمن فى قول ابن قدامة : حق الآدمى يمكن جبره بالخيار أو زيادة فى الثمن (المغنى ٤/١٦٠ م ٣٠٩٩)

وبمناسبة الكلام عن مقابلة الخيار بالثمن ، هل يلقى الخيار قيودا على الثمن فيمنع قابضه من التصرف به بانتظار مصير الخيار ؟ ذكر الحنابلة ما يوضح هذه المسألة بنصّهم على جواز تصرف أحد المتبايعين فيما بيده من العوض إذا استحق الآخر رد ما بيده بعيب أو خُلف فى صفة . وذكروا توجيه ذلك بأن تصرفه لا يمنع الآخر من ممارسة حقه برد ما بيده ، فإذا رده استحق الرجوع بالعوض الذى بذله إن كان باقيا ، والاّ رجع ببدله . وقياس هذا أن للبائع التصرفَ فى الثمن فى مدة الخيار. قال ابن رجب [1] : وظاهر كلام أحمد – فى رواية الاثرم – أن للبائع التصرفَ فى الثمن فى مدة الخيار الاّ أن يتخذ حيلة على أن يقرض غيره مالاً ويأخذ منه ما ينتفع به بصورة البيع ويشترط الخيار ليرجع فيه ، وإن كان على غير وجه الحيلة فيجوز ولم يمنعه من التصرف فى الثمن .

(١) القواعد لابن رجب ص ٨٩ – ٩١ القاعدة ٥٤ .

الفصل الرابع

تمييز الخيار عن أشباهه

وفيه فرعان

الأول – تمييز الخيار عن أشباهه فى المسمى

الثانى – تمييز الخيار عن أشباهه فى الاسم

تمهيـــد :

لا يتم إيضاح المراد بالخيار بالتعريف الذاتي له ما لم يقترن ذلك بتمييزه عن أشباهه بإبداء الفارق بينه وبينها ومقارنته بالمبادئ الأخرى التى تشاركه فى أداء الدور أو انتاج الأثر وتحقيق الفائدة ، سواء كانت ذات صلة به أو عديمة الصلة ، وسواء كانت تجانسه فى الاسم مجانسة تامة أو ناقصة أو كان بينها وبينه تنافر وتباعد .

ولقد أصبح جليًا أن الخيار المراد فى هذا التمييز : هو الخيار بين الردّ والامضاء – أو بعبارة أخرى مستعملة كثيرا : بين الفسخ والاجازة – (١) ولا بأس أن يقترن بأحد هذين العنصرين بديل إضافى كما فى خيار العيب حيث يثبت الخيار بين الاجازة أو الفسخ مع أرش نقصان العيب . فليس المراد مطلق الخيار بين شيئين ولو لم يكونا الرد والامضاء ، كحالات التخيير العديدة بين أمرين أو أكثر بمقتضى الحكم الشرعى التخييرى فى أبواب كثيرة كالشفعة والرهن والمزارعة ، فضلا عن حكم الكفارة المشهور .

ومع أن المراد هو الخيار بين الفسخ والاجازة ترد كثير من العبارات مطلقة عن هذا القيد ، أو مضافة إلى (الفسخ) فقط والمقصود هو ما سبق ، ولم يجر التصريح به اكتفاء .

الفـرع الأول

تميز الخيار عن أشباهه فى المسمى

المبحث الأول

تميز الخيار عن طبيعة عدم اللزوم

ان طبيعة عدم اللزوم ذات شبه بالخيار من حيث إنهما حالتان من حالات سلب اللزوم ، ولا غموض فى حقيقة الشبه بينهما لكون العقود غير

---

(١) أوضح بيان للخيار المراد ما جاء فى حديث التصرية : « ان رضيها أخذها وإن سخطها ردّها » فالخيار هو المشيئة بين الأخذ والترك . والحديث رواه البخارى ومسلم ، وأصحاب السنن الأربعة ومالك فى الموطأ .

اللازمة متصفة بعدم اللزوم ، وكون الخيارات قائمة على سلب اللزوم فى العقد الذى هو فى أصله لازم فكلاهما مولّد للفسخ . لكن هذا لا يعدم الفروق الأساسية بين هاتين الحالتين من حالات سلب اللزوم . ولابد أن نقدم البيان الاجمالى للمراد بعدم اللزوم توصلا للتمييز .

اللزوم : معناه عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بارادته المنفردة ، ويسمى العقد الذى هذا شأنه (العقد اللازم) بمعنى أن العاقد لا يحق له فسخ العقد إلاّ برضا العاقد الآخر ، فكما لا يعقد العقد الاّ بالتراضى لا يفسخ الاّ بالتراضى (وذلك بالاقالة) ومن هذا يتضح تعريف عدم اللزوم فهو إمكان رجوع العاقد عن العقد ونقضه بارادته المنفردة دون الحاجة إلى التراضى على ذلك النقض [1] .

فهذا اللزوم قد يتخلف فى بعض العقود فيستطيع كل من الطرفين أو أحدهما أن يتحلل من رابطة العقد ويفسخه بمجرد ارادته دون توقف على رضا الآخر . وتخلف اللزوم هنا مبعثه أن طبيعة العقد وغايته تقتضى عدم اللزوم ، ويسمى العقد عندئذ (عقدا غير لازم) إذ يكون عدم اللزوم صفة ملحوظة فى نوع العقد .

ومن السهل تبين الفرق بين التخيير وبين طبيعة عدم اللزوم فى العقود غير اللازمة ، فالتخيير حالة طارئة على العقد حيث إن الأصل فى العقد اللزوم فالعقد المقترن بخيار هو قيد أو استثناء على ذلك المبدأ ثم هو فى جميع الخيارات ليس مما تقتضيه طبيعة العقود بل هو مما اعتبر قيدا على تلك الطبيعة لأصالة اللزوم . أما فى العقود غير اللازمة بأنواعها فإنه جزء من طبيعتها تقتضيه غاياتها ولا ينفصل عنها إلاّ لسبب خاص فيما لزومه ليس أصلا .

والعقود اللازمة تحتمل الفسخ فقط أما الاجازة فلا مجال لها ، لأن الإقدام على العقد والاستمرار فيه يغنى عنها ، فى حين أن الخيارات تحتمل الأمرين .

---

(١) المعاملات الشرعية والمالية ، للشيخ أحمد ابراهيم ٩٩ المدخل الفقهى العام ف/١٩٥ مصادر الحق ٢٨١/٤ .

وأخيرا هناك فارق كبير الأهمية بين العقود غير اللازمة وبين الخيارات يقوم على ملاحظة نتيجة (الفسخ) الذى هو أمر مشترك ، فحكم الفسخ فى العقود غير اللازمة يختلف عنه فى الخيارات ، حيث يكون فى الصورة الأولى مقتصرا (ليس له تأثير رجعى) لا يمسّ التصرفات السابقة . أما فى الصورة الثانية (الخيارات) فالفسخ مستند (له انعطاف وتأثير رجعى) ينسحب فيه الانفساخ على الماضى فيجعل العقد كأنه لم ينعقد من أصله [1] .

المبحث الثـانى

تمييز الخيار عن الفسخ للفساد

لا يخفى أن فكرة العقد الفاسد تميز بها المذهب الحنفي فى باب المعاملات (مع مشاركة غيره له فى أبواب العبادات والزواج) حيث فرق بين الباطل الذى لم يشرع بأصله ولا بوصفه ، والفاسد الذى هو مشروع بأصله لا وصفه ، ولم تأخذ بذلك بقية المذاهب الأربعة [2] ، وإن كان للمذهبين المالكى والشافعى ضرب من التفرقة بين ما كان النهي عنه مفسدا لماهيته وبين النهي المتعلق بأمر خارج عن الماهية ، لكنهما مع ذلك كغيرهما لم يميزا بين الفساد والبطلان فى المعنى والنتائج [3] .

---

(١) المدخل الفقهى العام ، للشيخ مصطفى الزرقا ف/ ٢٠١ و ٢٠٧ .

(٢) العقود والشروط والخيارات للشيخ أحمد ابراهيم ٣٤ – ٣٧ نظرية الشروط المقترنة بالعقد للشيخ زكى الدين شعبان ١٣٦ – ١٣٩ .

(٣) المدخل الفقهى العام ف/٣٦٦ مع العزو إلى الفروق للقرافى (الفرق ٧٠) مصادر الحق ٢٧٣/٤ مع العزو إلى بداية المجتهد ٢/ ١٦١ ويلحظ أن الأستاذ مؤلف المدخل الفقهى قد سبق منه فى الفقرة /٣٦٤ القطع بأن المذهب الحنبلى بعد اعتباره مقتضى النهى البطلان لم يميز بين النواحى التى يتعلق بها النهى ، وهذا الذى ذكره مصرح به فى عدد من كتبهم . هذا وقد أشار ابن اللحام البعلى فى كتابه القواعد إلى أن للحنابلة مسائل فرقوا فيها بين الفاسد والباطل ظنها بعض المتأخرين مخالفة لقاعدتهم فى ترادف البطلان والفساد ، ثم بين أن تلك الفروق ليست بسبب التفرقة فى المنهى عنه بل لأدلة اقتضتها (ص ١١٠ – ١١٤) .

ويرى السنهورى ان ما فى المذهب المالكى من التمييز بين صورتين من البيع هما المحرم والمكروه (فالمحرم إذا فات مضى بالقيمة ، والمكروه إذا فات انقلب صحيحا) ما هو الاّ رجوع إلى التمييز بين البطلان والفساد بصورة أخرى ، وأنه لو عزل (الربا) عن أسباب الفساد ليلحق بالبطلان لخلص بهذا تمييز تام بين العقد المحرم والعقد المكروه ينوب عن التمييز الحنفي بين الباطل والفاسد [1] .

والعقد الفاسد ، كما رأينا فى حالات سلب لزوم العقد ، يشبه الخيار فى فكرة عدم اللزوم وفى احتماله الفسخ والاجازة ، يقول الكاسانى : « حكم البيع نوعان ، نوع يرتفع بالفسخ ، وهو الذى يقوم برفعه أحد العاقدين وهو حكم كل بيع لازم كالبيع الذى فيه أحد الخيارات الأربع والبيع الفاسد . . . [2] » كما أنه يتأخر أثره فلا يثبت الاّ بالقبض ، لكنه مفترق عن حالة التخيير فكل منهما من نوع خاص من أنواع العقد ، فالفاسد من باب الصحة ، أما التخيير فهو من باب اللزوم ، ثم لهذا أثره فى افتراق الأحكام ، من ذلك أن الخيار (عدا خيار الرؤية) يسقط بصريح الاسقاط ، أما « حق الفسخ فى البيع الفاسد فلا يبطل بصريح الابطال والاسقاط » .

وهناك بعض العبارات الفقهية تعمق التفرقة بين الخيار والفسخ منها تصريح بعض المالكية بأن الخيار يتعلق به حق لأحد معين [3] وكأنه يشير إلى أن الفسخ للفساد يتعلق به حق الشرع . .

ونحو ذلك قول ابن حزم : « فان فعل فسخ البيع والشراء أبدا وحكم فيه بحكم الغاصب ، ولا خيار لأحد فى امضائه » [4] .

---

(١) مصادر الحق ٢ ٢٧٥ .

(٢) البدائع : ٥/٣٠٦ ونحوه فى ٥/٣٠٠ – ٣٠١ .

(٣) اللباب للقفصى : ١٣٦ – ١٣٧ .

(٤) المحلى : ٨/٤٥٣ م ١٤٦٩ .

المبحث الثالث

تمييز الخيار عن الفسخ للتوقف

من الضرورى إيضاح الفوارق بين التخيير والتوقف [1] بعد أن رأينا اشتراكهما فى سلب لزوم العقد وخضوعهما للاجازة والفسخ ، فان توقف العقد الموقوف على الاجازة كتوقف العقد الذى فيه الخيار على اسقاط الخيار [2] .

والتفرقة بينهما تكون فى المنشأ والاحكام والانتهاء ، ولن يتطلب الأمر غوصا فى أحكام الخيار حذرا من استباق ما حقه التأجيل ، إنما نشير إلى بعض المسلمات المعروفة من أحكامه [3] .

فالخيار ينشأ لتعيب الارادة (وذلك فى الخيار الحكمى غالبا) أو لاتجاه ارادة المتعاقدين لمنع لزوم العقد (وذلك فى الخيارات الارادية) وكلاهما مرحلة بعد انعقاد العقد وصلوحه لسريان آثاره (النفاذ) . أما الموقوف فهو ينشأ لنقص الأهلية فى العاقد ، أو لتعلق حق الغير. فلكل منهما مجال مغاير للآخر ، ليس مغايرة اختلاف فى السبب فقط ، بل مع التداعى والتجانس بين أسباب كل منهما ومنافرتها ماللآخر.

أما من حيث الطبيعة والأحكام فإن العقد الموقوف لا نفاذ لحكم العقد (آثاره التى تترتب عليه بحسب موضوعه) بل تكون معلقة بسبب المانع الشرعى من نفاذ تلك الآثار ، وهذا بالرغم من انعقاده وصحته لأن ذلك المانع منع تمام العلة (بعد انعقاد تلك العلة) .

---

(١) حالة التوقف منفصلة فى الفقه عن التخيير. أما فى القانون فهى من موضوع قابلية البطلان لفقدان نظرية التوقف فى القانون ، فليس فيه إلاّ ما يدعى عدم سريان جزئى وهو غير التوقف . مصادر الحق : ١١٥/٤ .

(٢) للتوسع يرجع إلى بحث (العقد الموقوف) للدكتور زكى عبد البر ، نشر فى مجلة القانون والاقتصاد ٢٥ ص ١١٦ .

(٣) البحر الرائق لابن نجيم : ٧٠/٦ .

أما الخيار فإن حكم العقد قد نفذ وسرت الآثار ولكنها امتنع ثبوتها بسبب الخيار : فأحيانا يمتنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة (وذلك فى خيارالشرط) وأحيانا يمتنع تمام الحكم بعد ثبوته (كخيار الرؤية) وأحيانا يمتنع لزوم العقد بعد أن سرت آثاره (كخيار العيب) (١)

وفى الانقضاء نجد أن الموقوف لما كان غير تام العلة لم تتم الصفقة فيكفي فى نقضه محض إرادة من له النقض ، وهو لهذا الضعف فيه لا يرد فيه اسقاط الخيار ولا ينتقل بالميراث بل يبطل العقد بموت من له حق إجازته ، فى حين يجوز إسقاط الخيار – فى الجملة – وينتقل بالميراث وخاصة ما كان منه متصلا بالعين على اختلاف المذاهب ، وينقضى الخيار بإرادة من هو له دون حاجة إلى التراضى أو التقاضى الا حيث تتم الصفقة بحصول القبض فى خيار العيب .

حقيقة (خيار الاجازة) :

يعتبر العقد الموقوف من حالات عدم اللزوم ، لأنه غير نافذ ، وما هو غير نافذ فلا سبيل إلى لزومه ، لأن اللزوم رتبة أعلى من النفاذ فلا يكون لازما حتى يكون نافذا . وللتوقف صور وأسباب بها يعتبر العقد موقوفا (٢) ولما كان التوقف فى العقد على اجازة تصدر ممّن امتنع النفاذ لأجله يخوله فسخ العقد فقد أورد كثير من الفقهاء المؤلفين العقد الموقوف فى عداد الخيارات فى حين اقتصر بعضهم على ذكره فى أسباب الفسخ .

ففي تعداد صاحب الأشباه للخيارات ، وهو موضع إقرار من الحصكفي وابن عابدين « اجازة عقد الفضولى » ولا شك أن المراد إجازة العقد الموقوف عامة .ونحو هذا لدى الزيدية حيث جعله صاحب "الأزهار" عاشر

---

(١) فتح القدير : ١١٠/٥ .
(٢) استوفى ابن عابدين صور العقد الموقوف ١٣٩/٤ .

الخيارات الثلاثة عشر عندهم لكنه لم يعبر عنه بصورة الفضولى بل قال : العاشر هو الذى يثبت فى العقد بكونه موقوفا [1] .

وان الفصل بين مفهوم النفاذ ومفهوم اللزوم يحتم إقصاء حق الاجازة عن صعيد الخيارات ، ولو كانت تخول من إليه هذا الحق أن يفسخ العقد أو يمضيه ، فإن مفهوم الفسخ أعم من مفهوم الخيار . .

المبحث الرابع

تمييز الخيار عن الفسخ فى الاقالة

تشبه الاقالة الخيار من حيث أداؤهما فى حالٍ ما إلى فسخ العقد وتشبهه أيضا من جهة أنهما لا يدخلان الاّ عقود المعاوضات المالية اللازمة القابلة للفسخ .

ولكن الاقالة تخالف الخيار فى أن من له الخيار يمكنه فسخ العقد بمحض إرادته دون توقف على رضا صاحبه ، بخلاف الإقالة فلا بد من التقاء الارادتين على فسخ العقد . كما أن هناك فرقا آخر هو أن الخيار يجعل العقد غير لازم فى حق من هو له . وأما الإقالة فلا تكون الاّ حيث يكون العقد لازما للطرفين [2] .

الفـرع الثـانى

تمييز الخيار عن أشباهه فى الاسم

المبحث الأول

تمييز الخيار عن الفرض التخييرى

الفرض – أو الواجب (المرادف له عند جمهور الفقهاء وهو غير

---

(١) شرح الأزهار لابن مفتاح ٣ ٩٠ والبحر الزخار ٣٥٥/٣ .

(٢) درر الصكوك : ص ٢٦٨ .

الاطلاق الخاص عند الحنفية) ما طلب الشارع فعله من المكلف طلبا حتما . ومن تقسيماته المعروفة أنه ينقسم إلى واجب معين ، وواجب مخيَّر . فالواجب المعين أمر طلبه الشارع بعينه من المكلف به كالصلاة والزكاة . . والواجب المخيّر : ما كان مطلوب الشارع فيه واحداً من أمور معينة ، كأحد خصال الكفارة الثلاث ، فقد ترك للمكلف الخيار فى تخصيص واحد منها بالفعل وتبرأ ذمته بأداء واحد أى واحد من الثلاث [١] .

ولا شك أن هذا الشبه الضئيل فى عنصر الاختيار الذى يلمح مثله فى الخيارات لا يجاوز ذلك إلى الخيار بين الفسخ والامضاء وهو قوام الخيارات . [٢] .

المبحث الثانى

تمييز الخيار عن (التخيير بين الفعل والترك) أى الإباحة

وفى معنى هذا : التفريق بين الخيار والحكم القائم على التخيير بين الفعل والترك وهو معنى (الاباحة) فهى تخيير لكنه ليس بين الفعل والترك بمعنى أنه لا يثاب على الفعل ولا يعاقب على الترك ، وليس هذا من باب الخيار فى شيء . ومع هذا أطلق بعض المؤلفين لفظ الخيار على ما هو من قبيل الاباحة ، كخيار الإيجاب وهو كون العاقد مخيرا بين الاقدام على التعاقد بإصدار الايجاب وبين أن يمتنع ، فهذا صورة من صور الاباحة أى هو حكم تخييرى ، وليس خيارا بين الفسخ والامضاء .

المبحث الثالث

تمييز الخيار عن حالات التخيير الجزئية

يجد الباحث فى أبواب الفقه كثيرا من الأحكام قائمة على التخيير بين

(١) الأحكام فى أصول الأحكام للآمدى ١/٥٠ .

(٢) سنرى فى مناقشة حقيقة خيار التعيين مزيدا من التفرقة بين الخيار (خيار الفسخ) وبين الاختيار بمعنى تخير أمر من عدة أمور .

أمرين أو أكثر وقد نشأ هذا التخيير عن استواء عدة أمور فى كونها نتيجة لتصرف معين حيث يلوح وجه العدل فيها جميعا دون ترجيح وتلك الفروع من الكثرة بحيث يغني عنها مثال أو اثنان :

فى الغصب : قال الحنفية : لو غصب شيئا وزاد فيه زيادة متصلة فالمالك بالخيار : امّا أن يُضمِّن الغاصبَ قيمة المغصوب ، وإما أن يأخذ المغصوب على حاله من الزيادة ، ويغرم ما نشأ بالزيادة من ارتفاع القيمة (١) . فهذا خيار ، وله صاحب ، ولكنه عبارة عن نصب نتيجتين لمسألة واحدة لأن العدل تحقّق فيهما ، وأما كون الخيار لأحدهما-هو هنا المالك- فلأنه لا بد من ربط الاختيار بواحد منعا للاختلاف وهذا الواحد هو المالك لأنه مفتأت على حقه .

ويأخذ الحكم وضعا مماثلا فى صورة غاصب الغاصب حيث يثبت للمالك الخيار فى أن يضمّن الغاصب (ويرجع هذا على غاصب الغاصب) أو أن يضمن المالك غاصب الغاصب مباشرة.وفى الصورتين (صورة الزيادة فى المغصوب ، وصورة غاصب الغاصب) إذا اختار تضمين أحدهما برىء الآخر وليس للمالك أن يعود لتضمينه (٢) وصور التخيير فى موضوعات الغصب والاتلاف والجنايات كثيرة (٣) .

مثال آخر : فى المزارعة : إذا مات المزارع فالمذاهب مترددة بين ابطالها أو قيام الورثة مقامه اطلاقا،أو ما ذهب إليه الحنفية أيضا من تخيير الورثة بين العمل على شرط المزارعة حتى يستحصد الزرع وبين قلم الزرع ، وهذا اختيار ثابت لهم ولو أبى صاحب الأرض . .

ومن الطريف أن يترتب على هذا الفرع خيار آخر يكون هذه المرة

---

(١) رد المحتار : ١٢٥/٥ .

(٢) رد المحتار : ١٢٦/٥ .

(٣) بداية المجتهد ٣٤٧/٢ .

لصاحب الأرض وهو فيما إذا اختار الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل ، لأن الحكم الأصلى انفساخ العقد وانما اعتبر باقيا لمصلحتهم فان أبوا بقى الزرع كما كان مشتركا بينهم وبين صاحب الأرض فيخيّر هذا بين ثلاثة أمور :

١ - قسم الزرع بينه وبينهم بحسب شروط العقد .

٢ - أو اعطائهم قيمة نصيبهم من الزرع .

٣ - أو الانفاق على الزرع من مال نفسه حتى يستحصد ثم يرجع عليهم بحصتهم. فهذا تخيير ذو ثلاث شعب متفرع عن التخيير السابق [1] .

وحالات التخيير هذه لا شك فى مباينتها لما فى الخيارات من عنصر التخيير بين الفسخ والامضاء ، أما تلك الأحكام فلا يجمع بين نتائجها ضابط معين ، لأن التخيير فيها يدور بين أمور شتى لها صفة الخصوص فى كل مسألة ، لأنها منتزعة من واقع قضية معينة . كما أن من يختار وجها من تلك الوجوه له العدول إلى غيره إذا لم يترتب على عدوله ضرر ، أما الخيار فلا سبيل إلى الاجازة بعد الفسخ أو العكس . .

التخيير فى الحضانة :

من صور التخيير المراد استبعادها من (خيار الفسخ) مسألة اشتهرت فى باب الحضانة بمسألة التخيير ، وهى فيما إذا بلغ الصغير حدا معينا من العمر (بحسب اختلاف المذاهب) يخيّر بين أبيه وأمه وقد فصل ابن تيمية المذاهب ، والروايات من مذاهب أخرى حول هذه المسألة فى رسالة ألفها فى ذلك باسم : (قاعدة فى حضانة الولد) [2] وأسهب فيها عن موضوع التخيير فى هذا الباب .

قيود على التخيير المراد اقصاؤه :

وزيادة فى إقامة الفوارق بين الخيار وحالات التخيير السابقة التى لا

---

(١) ابن عابدين ٥/٢٧٤ والهداية ٤/٤٣ والبدائع ٦/١٨٥

(٢) طبعت ملحقة بكتاب مختصر الفتاوى المصرية للبعلى (الصفحات ٦١٣ - ٦٣٨) .

تدخل فى نطاق الفسخ والامضاء الموكل لمطلق إرادة العاقد يلحظ أن قسما من حالات التخيير هذه ليس للمختار أن يعمد إلى ما يبدو له دون نظر وبحث فى الأصلح من تلك الأمور . فالتخيير إما أن يكون تخيير رأي ومصلحة (ويكون ذلك فيما يكون الفعل فيه لغيره بولايته عليه ، أو بوكالة مطلقة) فيجب عليه اختيار الأصلح . وإما أن يكون تخيير مشيئة وشهوة (وهو فيما يكون تصرفه لنفسه) ولم يأمره الشارع باختيار ما هو الأصلح بحسب اجتهاده .

ومن أمثلة التخيير القائم على الرأي والمصلحة : تخيير الامام العام فى الأرض المفتوحة عَنوة بين جعلها فيئا وجعلها غنيمة ، كما هو قول الجمهور وفيهم ابو حنيفة وأحمد والثورى ، فليس له أن يختار ما يبدو له دون نظر وتدبر ، بل لا بد له من البحث أى الأمرين أرضى لله فيتبعه . فالتخيير هنا معناه : عدم تعيين فعل من الأمور المخير بينها تعيينا دائما فى كل حين ، بل يتعين هذا تارة وذاك تارة بحسب الأحوال .

ومن أمثلة التخيير القائم على المشيئة المطلقة : تكفير اليمين ، فللمكفر أن يفعل أى الخصال شاء وان كان أحدها أفضل .

وكذلك لابس الخف إذا خيّر بين المسح والغسل .

وكذلك المصلي إذا خيّر بين الصلاة أول الوقت وآخره ، وإن كان أحدهما أفضل .

وتخيير الحاج بين التمتع والافراد والقران عند الجمهور [1] .

---

(١) قاعدة فى حضانة الولد ، لابن تيمية . ملحقة بمختصر الفتاوى المصرية ص ٦٢٢ .

الباب الثاني

زمرة خيارات التروي
وفيه خمسة فصول

الأول – خيار المجلس

الثانى – خيار الرجوع

الثالث – خيار القبول

الرابع – خيار الشرط

الخامس – خيار الحيوان

الفصل الأول

خيار المجلس

وفيه تسعة فروع

الأول – تعريفه وتسميته وماهيته

الثانى – مذاهب الفقهاء فى خيار المجلس

الثالث – أدلة الاثبات والنفي

الرابع – مناقشة الأدلة

الخامس – زمن خيار المجلس وأمده

السادس – انتهاء خيار المجلس

السابع – انتقال خيار المجلس

الثامن – آثار خيار المجلس

التاسع – خيار المجلس فى القانون

الفرع الأول

تعريفه ، وتسميته ، وماهيته

المبحث الأول

تعريف خيار المجلس

لهذا المركب الاضافى وأمثاله تعريفان ، أحدهما : اجمالى يتناول التركيب جملة باعتباره لقبا لمفهوم واحد ، والآخر : تفصيلى يقوم على تعريف كل من الجزأين على حدة ، وكثيرا ما يكون التعريف التفصيلى لكل جزء بمفرده غير صالح للدلالة على المراد من المركب ، لكنى سوف أستعين بذكره أولا لايضاح الأصل الاشتقاقى للمعنى الاجمالى للمركب .

أما كلمة (خيار) فقد سبق الكلام فيها ، وأما كلمة (المجلس) — بكسر اللام — فهى ترد فى اللغة مصدرا ميميا ، واسما للزمان ، واسما للمكان ، من مادة (الجلوس) واستعماله المناسب هنا هو اسم المكان ، أى موضع الجلوس . ومن الواضح أن كلمة (المجلس) تحمل معنى (مجلس العقد) فهى ليست لمطلق المجلس ، بل لمجلس العقد خاصة ، وهذا التقييد تشير إليه (أل) فهى للدلالة على المعهود فى الذهن . والمراد مكان التبايع أو التعاقد[1] ، فما دام المكان الذى يضم كلا العاقدين واحدا فلهما الخيار فى امضاء العقد أو فسخه ، إلى أن يتفرقا ويكون لكل واحد منهما مجلسه المستقل . ولن نبعد إن قدرنا قبل كلمة (المجلس) مضافا محذوفا تقديره : (خيار وحدة المجلس) أو (اتحاد) المجلس .

ومجلس العقد هو الوحدة الزمنية التى تبدأ من وقت صدور الايجاب وتستمر طوال المدة التى يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد ، وتنتهى بالتفرق وهو مغادرة أحد العاقدين للمكان الذى حصل فيه العقد . . .

(١) مطالب أولى النهى ٨٣/٣ ونهاية المحتاج ٨٥/٣ .

وفى حكم التفرق حصول التخاير وهو أن يخيّر أحدهما الآخر فى امضاء العقد أو ردّه .

لكن خيار المجلس لا يبدأ من صدور الايجاب بل من لحاق القبول به مطابقا له ، أما قبل وقوع القبول فإن العاقدين يملكان خيارا فى اجراء العقد أو عدمه لكنه خيار يدعى خيار القبول وهو يسبق تمام التعاقد .

هذا ، وإن حقيقة الجلوس ليست مقصودة فى هذا الخيار المسمى بخيار المجلس لأن المعتبر هو الفترة الزمنية التى تعقب عملية التعاقد دون طروء التفرق من مكان التعاقد . فالجلوس ذاته ليس معتبرا فى ثبوته ، ولا ترك المجلس معتبر فى انقضائه ، بل العبرة للحال التى يتلبس بها العاقدان ، وهى الانهماك فى التعاقد . ومن هنا ذهب بعض المصنفين إلى أن فى كلمة (المجلس) ضربا من المجاز ، لأنه من اطلاق بعض أفراد الحقيقة ، وهو الجلوس ، على كل أفرادها ، وهو جميع أوضاع التعاقد . وآخرون يرون أنه حقيقة ، لكنه من نوع الحقيقة العرفية ، أى هو للمجلس بالمعنى العرفى الشامل له ولغيره مما هو بمعناه (١) .

ويمكننا بعدما سبق تعريف (خيار المجلس) تعريفا اجماليا ، وهو الذى يسميه بعض المصنفين : التعريف اللقبى ، لما فيه من اعتبار جزأى المركب لقبا لمفهوم واحد ، فهو بهذا الاعتبار :

« حق العاقد فى امضاء العقد أورده ، منذ التعاقد إلى التفرق أو التخاير » .

المبحث الثانى

تسمية خيار المجلس

معظم المؤلفين يدعون هذا الخيار (خيار المجلس) غير أن بعضهم

---

(١) الروضة البهية ١/٣٢٢ .

دعاه (خيار المتابعين) [1] ولعل هذه التسمية مأخوذة من الحديث المثبِت لهذا الخيار ، وهو (البيعان بالخيار . . . الخ) . ففي بعض ألفاظه المروية : (المتبايعان بالخيار . .) [2] .

وبمناسبة التعرض لتسمية خيار المجلس أشير إلى أن بعض من لا يأخذون بخيار المجلس قد يستعملون هذه التسمية أيضا لكنهم لا يريدونه ، بل يقصدون حالات تخيير أخرى ناشئة بأسباب شرعية ، تتقيد مدتها بمجلس نشوء الخيار الذى ثبت لمدة لا تجاوز زمن المجلس نحو تفويض الطلاق للزوجة حيث لها أن تطلّق فى مجلس علمها ما لم تقم فتبدل مجلسها ، أو تعمل ما يقطع المجلس [3] .

ومن جهة أخرى اختار صاحب البحر الزخار طريقة فذة لعرض الخلاف فى خيار المجلس إذ جعله نوعين : أحدهما قبل التفرق بالأقوال ، وهو ثابت إجماعا ، والآخر بعد التفرق بالأقوال وهو الذى يختلف فيه الفقهاء بين مثبت ونافٍ [4] . ولا يخفى ما فى هذا العرض من غرابة وتجوّز ، حيث إن الخيار الثابت قبل التفرق بالأقوال ليس خيار المجلس بل هو خيار القبول ، ولا داعى لتوسيع مفهوم خيار المجلس كى يشمله ، لأن تلك التوسعة تُفقِد الاصطلاحَ فائدتَه ، فليكن ذلك الصنيع المذكور اصطلاحا خاصا لصاحب البحر ولا مُشاحّةَ فى الاصطلاح .

ومن هنا ارتأى السنهورى أن يسلك ما يشبه الطريقة السابقة حيث قال : ولعل الأصح فى تصوير مذهب من يقول بخيار المجلس أن يكون هناك مجلسان : مجلس العقد ، وينفض بالقبول ، أو بالاعراض من المتعاقد ،

---

(1) هو ابن قدامة في المغنى ٣/ ٤٨٢ .

(2) بهذا اللفظ جاءت روايات للبخارى ومسلم وأبى داود والنسائى وابن ماجه ولهؤلاء روايات باللفظ الأول (البيّعان) والمعنى متقارب والمقصود واحد . انظر جامع الأصول (٣/٢) ومجمع الفوائد (١/ ٦٥٨) .

(3) رد المحتار ٣/٣١٦

(4) البحر الزخار ٣/٣٤٥

ومجلس الخيار ، ويعقب مجلس العقد فورا ، ولا ينفض الا بتفرق المتعاقدين بالبدن [1] .

المبحث الثالث

ماهيـة خيـار المجلس

خيار المجلس من الخيارات الحكمية (التى تثبت بحكم الشارع) فلا يحتاج إلى تلاقى ارادة المتعاقدين لثبوته ، فالعقد إذا وقع ثبت معه خيار المجلس من جهة الشارع ثبوتا تلقائيا . حتى أن العاقد لو نفاه عند التعاقد لم يصح النفي [2] وثبت له خيار المجلس إلى أن يسقطه أحد العاقدين ، أو يسقط تلقائيا بالتفرق .

كما أن خيار المجلس لا يحتاج إلى سبب خاص من الأسباب الشرعية التى جعلها الشارع مقتضية لخيار من الخيارات الحكمية الأخرى ، فهو لا يتطلب وجود عيب فى المبيع ، أو فوات أمر مرغوب فيه كان يتوقعه . . ولذا يعتبر الفقهاء خيار المجلس من خيارات التروي وبعبارة بعضهم (التشهّي) لا من خيارات (النقيصة) [3] .

الفـرع الثانى

مذاهب الفقهاء فى خيار المجلس

المبحث الأول

مثبتو الخيـار

اختلف الفقهاء فى خيار المجلس فذهب معظمهم إلى القول به ، وذهب آخرون إلى إنكاره واعتبار العقد لازما من فور ولادته .

---

(١) مصادر الحق ١٨/٢

(٢) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج ٣/٤ .

(٣) مغنى المحتاج ٤٣/٢ .

فالجمهور من الصحابة والتابعين وفقهاء السلف والمذاهب المدونة ذهبوا إلى اثباته ، فلا يلزم العقد عند هؤلاء الاّ بالتفرق عن المجلس أو التخاير واختيار امضاء العقد .

فأما من الصحابة فقد حكاه ابو بكر بن المنذر عن ابن عمر وابى برزة الأسلمى (ولهما عمل به وقضاء) وحكاه القاضى ابو الطيب عن علي وابن عباس وأبى هريرة ، واستنبط ابن حزم – من صفقة وقعت بين ابن عمر وعثمان ، واحتاط ابن عمر عقبها بالتفرق – أن عثمان من الآخذين به . وقال ابن حزم بعد من ذكره من الصحابة : « ولا يُعرف لمن ذكرنا منهم مخالف أصلا » [1] .

وأما من التابعين فقد قال به شريح والشعبى وطاووس وعطاء وابن أبى مليكة (نقل ذلك البخارى) وسعيد بن المسيب والزهرى وابن أبى ذئب (من فقهاء المدينة) والحسن البصرى وابن جريج على ما ذكره ابن المنذر .

قال ابن حزم عقب من ذكره منهم : لا يعرف لهم مخالف من التابعين الاّ النخعي وحده ، ورواية مكذوبة عن شريح ، والصحيح عنه القول به [2] .

وقال النووى « انه مذهب سائر المحدثين [3] » ومن هؤلاء الزهرى وسفيان بن عيينة وابن المبارك وابن المدينى وأبو عبيد ومحمد بن نصر المروزى .

أما من أصحاب المذاهب المدونة فقد أثبته الشافعية والحنابلة ، والظاهرية ، والامامية (وصرح بإثباته من أئمتهم زين العابدين والصادق والباقر) وبعض الزيدية (وهم بعض العترة وبعض الهادوية ، وصرّح به أحمد بن عيسى ، والناصر والامام يحيى ، لكن كتبهم المتداولة جارية على نفيه) .

(1) المحلى ٤٠٩/٨ م ١٤١٧ وستأتى المراجع الأخرى بآخر عرض الخلاف .
(2) المحلى ٤١٠/٨ .
(3) المجموع ١٩٦/٩ .

وقال به من الأئمة الذين لم تدون مذاهبهم الأوزاعى واسحاق بن راهويه ، وأبو ثور وابن جرير الطبرى . ومن القائلين به – على ما ذكر ابن حزم – : الثورى والليث وعبيد الله بن الحسن القاضى (وهو العنبرى) . وجعل صاحب البحر الزخار هؤلاء الثلاثة من نفاته [1] .

وما ذكره ابن حزم أوثق لاسيما فى شأن الليث والعنبرى فقد ذكروا عنهما أن المراد بالتفرق القيام من المجلس [2] أما الثورى فقد ذكر المرتضى الزبيدى أن عبد الرزاق روى عنه نفي خيار المجلس [3] .

وقد قال بإثبات خيار المجلس من فقهاء المالكية مخالفين إمامهم ابنُ حبيب وهو من متقدمى المالكية ، والسيورى وعبد الحميد بن الصائغ من المتأخرين . ومال ابن عبد البر إلى خلاف إمامه فيه [4] .

المبحث الثانى

نفـاة الخيـار

أما الذين لم يثبتوا خيار المجلس من أصحاب المذاهب المدونة فهم الحنفية والمالكية – الاّ نفرا يسيرا منهم – وبعض الزيدية (الامام زيد والقاسمية من الزيدية ، وهم أتباع القاسم بن ابراهيم الرّسّى الزيدى) والإباضية . كما نفاه من الفقهاء الذين لم تدون مذاهبهم: الثورى والليث والعنبرى ، على ما حكاه

(١) المحلى ٨/٤٠٩ م ١٤١٧ المغنى ٣/٤٨٢ م ٢٧٥٣ المجموع ٩/١٩٦ ط ٢ البحر الزخار ٣/٣٤٥ نيل الأوطار ٥/١٩٧ ط ٣ الدرر البهية وشرحه للشوكانى ٢/١٠٧ الروضة البهية ١/٣٢٢

(٢) التعليق الممجد للكنوى ٣٤٠ بالنسبة لليث، والمجموع ٩/٢٠١ بالنسبة للعنبرى.

(٣) عقود الجواهر المنيفة ٢/٦ . ولم أجد ما ذكره فى مصنف عبد الرزاق ٨/ ٥٠ – ٥٣ باب (المتبايعان بالخيار) بل فيه رواية الحديث من طريقه ٨/ ٥١ .

(٤) الدسوقى على الشرح الكبير ٣/٩١ الفواكه الدوانى ٢/١٢٤ النكت الطريفة ص ١٧١ الحطاب على خليل ٤/٣١٠ وذكر أنها احدى المسائل الثلاث اللاتى حلف (الصائغ) بالمشى إلى مكة ان أفتى فيها بقول مالك ! (والثانية التدمية البيضاء من مسائل الحيض ، والثالثة : جنسية القمح والشعير فى البيوع الربوية) .

صاحب البحر الزخار [١] ، وقد حَكى نفيَه أيضا عن الإمامية وتابعه الشوكانى ، والذى فى كتبهم الاتفاق على الأخذ به [٢] .

أما من فقهاء السلف فقد ذكر النووى أنه حُكي نفيه عن شريح والنخعي وربيعة ، وذكر ابن رشد أن نفاته هم « مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة » ولا ندرى من عنى من المدنيين غير ربيعة [٣] . وقد ذهب ابن حزم إلى أن رواية النفي عن شريح مكذوبة ، وان الصحيح عنه القول به ، ثم أورد أسانيد فى قضائه بخيار المجلس وفى أحدها أن الشعبىَ رجع عن قضائه بخلافه إلى قضاء شريح ، ولم يتعرض ابن حزم لما حكى عن ربيعة لا بنفي ولا إثبات ويكفي ما فيها من تمريض . أما ابراهيم النخعى فقد حكى ابن حزم عنه النفي أولاً واعتبره السلف الوحيد للحنفية والمالكية قائلا : « ما نعلم لهم من التابعين سلفا الاّ ابراهيم وحده » ثم روى عنه من طريق سعيد بن منصور قوله: «إذا وجبت الصفقة فلا خيار » ومن طريق ابن أبى شيبة قوله : « البيع جائز وإن لم يتفرقا » . وهو فى مصنف عبد الرزاق أيضا [٤] .

ثم لم يكتف ابن حزم بحصر نفي خيار المجلس فى ابراهيم النخعى وحده ، بل نازع فى أن تكون كلمتاه السابقتان نصا صريحا فى انكاره ، فهو يقول عن الأولى منهما : « لعمرى أن قول ابراهيم ليخرّج على أنه عنى كل صفقة غير البيع ، لكن الاجارة والنكاح والهبات ، فهذا ممكن لأنه لم يذكر البيع أصلا » وقال عن الثانية : « وقوله : البيع جائز وإن لم يتفرقا ، صحيح . وما قلنا أنه غير جائز ، ولا قال هو أنه لازم ، وإنما قال:إنه جائز » . وانتهى

---

(١) فتح القدير ٨١/٥ البدائع ٢٢٨/٥ الحطاب ٣١٠/٤ المحلى ٨/ ٤٠٩ م ١٤١٧ نيل الأوطار ٥/ ١٩٧ النيل للثمينى ٢/ ٤٧٠ و ٥٢٥ البحر الزخار ٣/ ٣٤٥ .

(٢) شرائع الاسلام ٣٢٠ المختصر النافع ١/ ١٢١ تذكرة الفقهاء ١/ ٥٢٧ المكاسب ٢١٦ وقال : لا خلاف بين الامامية فى ثبوت هذا الخيار للمتعاقدين .

(٣) المجموع ١٩٦/٩ بداية المجتهد ١٧٠/٢ .

(٤) المحلى ٤٠٩/٨ - ٤١٠ م ١٤١٧ المصنف لعبد الرزاق ٨ /٥٢ وعقب الشوكانى على قول ابن حزم « ولا يعرف لهم-أى المثبتين-مخالف من التابعين الاّ النخعى وحده » بأنه مبالغ فى ذلك (نيل الأوطار ٢١٠/٥) .

ابن حزم بعدئذ إلى الحكم على نفاته (الحنفية والمالكية) بقوله : « فحصلوا بلا سلف » [1] .

وقبل الانتقال إلى استعراض الأدلة والترجيح بينها أشير إلى طريقة سلكها المهدى الزيدى [2] فى عرض الخلاف حول خيار المجلس حيث جعل لخيار المجلس حالتين (أولاهما) قبل التفرق ، وهو فى هذه الحالة متفق عليه . (والثانية) بعد التفرق وهو مختلف فيه . وقد ذكر هذه الطريقة الشوكانى دون تعقيب ، ولا يخفى أن فى هذا تجوّزا فالخيار القائم قبل التفرق عن المجلس هو خيار القبول والرجوع . ولهذا تفصيل سيأتى .

الفـرع الثالث

أدلة الاثبات والنفي

المبحث الأول

أدلة المثبتين

استدل القائلون بمشروعية خيار المجلس بالأدلة التالية :

السنة القولية والفعلية :

فمن السنة القولية الحديث الذى اشتهر بين العلماء بحديث المتبايعين ، وله روايات كثيرة أوضحها دلالة رواية ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الاّ بيع الخيار » وفى رواية: «ما لم يتفرقا أو يكون بيعهما عن خيار » وفى رواية أخرى: « أو يخير

---

(١) المحلى ٨/٤١٠ م ١٤١٧ .

(٢) البحرالزخار ٣/٣٤٥ ونيل الأوطار ٥ ٢١٠ ويشبه هذا الصنيع (على ما فيه من تجوز) ما فى خيار الرؤية فهو متفق عليه عند مثبتى ذلك الخيار قبل مطابقة المرئى للموصوف . أما بعده فيختلف مثبتو الخيار أنفسهم ، فالحنفية يرونه باقيا دون غيرهم .

أحدهما صاحبه »[1] . ووجه الاستدلال اثبات الخيار من الشرع للمتبايعين ، وهما متبايعان بعد تمام البيع بالإيجاب والقبول . أما قبل ذلك فهما متساومان . والحديث وإن جاء بلفظ (المتبايعين) يشمل ما فى معنى البيع من عقود المعاوضة[2] . وورد عن ابن عمر قوله : كانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا[3] . ومن المقرر فى أصول الحديث وأصول الفقه أن قول الصحابى «من السنة كذا» له حكم الحديث المرفوع .

وقد اقترن هذا الحديث بما يفيد إحكامه وعمل الصحابة به ، يدل على ذلك أثر أبى برزة – وفيه قضاؤه بخيار المجلس وروايته حديثه – وقد أخرجه أبو داود – بسند رجاله ثقات –[4]» عن أبى الوضيء عباد بن نسيب قال : غزونا غزوة ، فنزلنا منزلا ، فباع صاحب لنا فرسا بغلام ، ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما ، فلما أصبحا من الغد قام الرجل إلى فرسه يسرجه ، فندم ، فأتى الرجل وأخذه بالبيع ، فأبى الرجل أن يدفعه إليه ، فقال : بينى وبينك أبو برزة صاحب النبى ﷺ ، فأتيا أبا برزة فى ناحية العسكر ، فقالا له هذه القصة فقال : أترضيان أن أقضيَ بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال رسول الله : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » . قال هشام بن حسان : حدث جميل بن مرة أنه قال : ما أراكما افترقتما .

---

(١) الحديث مما اتفق على روايته البخارى ومسلم ، وموطن رواية ابن عمر فيهما : فى صحيح البخارى كتاب البيوع باب البيعان بالخيار ٣/ ١٧ وفى صحيح مسلم ٥/ ١٠ ولها روايات مختلفة سوى ما ذكرت ، وقد اعتنى بها وبروايات الكتب الستة الحافظ الزيلعى فى نصب الراية ٤/ ١ – ٤ والشوكانى في نيل الأوطار ٥/ ٢٠٨ – ٢١٣ ورواه أيضا الامام مالك – مع عدم أخذه به – فى الموطأ ، كتاب البيوع ، باب بيع الخيار (ص ٤١٦) وفى المدونة ٤ /١٨٨ وقد ذكر الشافعى فى الأم (٣/ ٤ – ٥) حديث الخيار من طرق عديدة وصرح أن الخيار المراد بعبارة (الا بيع الخيار) هو التخيير (قسيم التفرق فى انهاء الخيار) .

(٢) المهذب ١ ٢٥٧ .

(٣) نصب الراية ٤/ ٣ وجامع الأصول ٢/ ٩ – ١٠ .

(٤) رواه البخارى تعليقا بصيغة الجزم ٣/ ١٧ ورواه البيهقى ٥/ ٢٧٠ وهناك روايات أخرى تنظر فى المجموع للنووى ٩/ ١٨٥ .

وأما السنة الفعلية فما روى أنه ﷺ خيّر أعرابيا بعد البيع [1] ، أي قال له : اختر ، لكى ينبرم العقد ، وذلك مصرح به فى الحديث بروايته الأخرى ، أنه عليه الصلاة والسلام بايع رجلا فلما بايعه قال له : اختر ، ثم قال : هكذا البيع [2] .

آثار الصحابة :

فقد روي القول والعمل به عن ابن عمر وأبي برزة ، وقال به أيضا علي وابو هريرة وابن عباس [3] .

أما أثر ابن عمر فهو انه كان إذا اشترى شيئا وأراد أن يجب له البيع (أى يلزم) فارق صاحبه ، حسب رواية البخارى (أو) قام فمشى هنيهة ثم رجع ، حسب رواية مسلم (أو) كان إذا ابتاع بيعا وهو قاعد قام ليجب له البيع ، حسب رواية الترمذى [4] .

أدلة أخرى :

بعضها مستنده القيـــاس ، وبعض آخر يرتكز إلى وجـــوه من المعقول ، كحاجة الناس الداعية إلى مشروعيته ، لأن الانسان بعد أن يبيع شيئا قد يبدو له فيندم ، فبالخيار الثابت له فى المجلس يمكنه التدارك . قال العز بن عبد السلام : « دخل فى البيع خيار المجلس على خلاف قاعدته ، لأن الحاجة تمس إليه ، فجاز مع قصر مدته » [5] .

ويقول النووى بصدد الأدلة من القياس : « وذكر أصحابنا أقيسة كثيرة وقياسات لا حاجة إليها مع الأحاديث السابقة » [6] . ومراده أن

---

(١) أخرجه الترمذى عن جابر .
(٢) رواه الطيالسى والبيهقى عن ابن عباس كما فى المجموع ٩/ ١٨٥ .
(٣) المجموع ٩/ ١٨٥ والشرح الكبير على المقنع ٤/ ٦١ ونيل الأوطار ٥/ ٢١٠ .
(٤) جامع الأصول لابن الاثير ٦/٢ - ٧ والمجموع ١٨٥/٩ .
(٥) قواعد الاحكام فى مصالح الأنام ٢/ ١٢٦ .
(٦) المجموع ١٨٧/٩ .

المعول فى اثبات هذا الخيار على حديث المتبايعين ، لأنه دليل كافٍ بنفسه ، أما ما عداه فما هو إلاّ من قبيل القرائن التى تفيد فى نقل دلالة النص من الظنية (مثلا) إلى القطعية .

المبحث الثانى

متمسّك النفـــاة

احتج الذين لم يقولوا بخيار المجلس بدلائل من الكتاب والسنة والقياس :

فمن الكتاب : احتجوا بثلاث آيات يقتضى ظاهرها نفي خيار المجلس .

الأولى : قوله تعالى : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الاّ أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم) [1] فهذه الآية أباحت أكل المال بالتجارة عن تراضٍ مطلقا عن قيد التفرق عن مكان العقد . ويترتب عليه جواز الأكل فى المجلس قبل التفرق أو التخاير ، وعند القائلين بخيار المجلس إذا فسخ أحدهما العقد فى المجلس لا يباح له الأكل فكان ظاهر النص حجة عليهم [2] .

الثانية : قوله تعالى : (وأشهدوا إذا تبايعتم [3]) فالاشهاد فى المجلس - مع القول بخيار المجلس - لو وقع لم يطابق الأمر لأن البيع لم يحصل ، وان وقع الاشهاد بعد المجلس لم يصادف محلا . وكذلك هو أمرٌ بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع ، والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص ،

---

(١) النساء ٢٩

(٢) البدائع ٥/ ٢٢٨ فتح القدير ٨١/٥ المجموع ١٨٤/٩ .

(٣) البقرة ٢٨٢

بل يبطل ما يؤدى لإبطالها وهو ثبوت الخيار لأن ما يؤدى إلى الباطل باطل [1] .

الثالثة : قوله تعالى : (أوفوا بالعقود [2]) والرجوع عن موجَب العقد قبل التفرق – على ما يسيغه القائلون بخيار المجلس – ترك للوفاء بالعقد عند نفاة خيار المجلس والعقد يصدق بمجرد الإيجاب والقبول فمتى صدر من أهله فى محله يجب الوفاء به ، فإذا لم يقع لازما لم يتحقق وجوب الوفاء به وهو ما تقضى به الآية [3] .

وأما الحديث فقوله صلى الله عليه وسلم : (من ابتاع طعاما فلا يبيعُه حتى يستوفيَه) فدل على أنه لا تقييد بالتفرق ، فلو كان قيدا لذكره كما ذكر قيد الاستيفاء فى بيع الطعام .

كما أنهم تمسكوا بإحدى روايات حديث المتبايعين التى فيها : « فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله » حيث تدل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلاّ من جهة الاستقالة [4] . وسنرى فى المناقشة أن هذا الدليل متجاذَب فقد تمسك به أيضا المثبتون .

وحديث (المسلمون على شروطهم) وفى رواية (عند شروطهم) والقول بالخيار بعد العقد يفسد الشرط ، مع أن الحديث يَعتبر الشروط .

وحديث التحالف عند اختلاف المتبايعين ونصه : « أيما بَيّعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان» [5] .

فهذا الحديث يقتضى الحاجة إلى اليمين وذلك يستلزم لزوم العقد . ولو

---

(١) فتح القدير ٨١/٥

(٢) المائدة ١

(٣) فتح القدير ٨١/٥ وبداية المجتهد ٢/ ١٤٠ .

(٤) المجموع ١٨٤/٩

(٥) أخرجه مالك بلاغا عن ابن مسعود مرفوعا . وقد جاء موصولا عند الترمذى .

ثبت خيار المجلس لكنى فى رفعه – عند الاختلاف – دون حاجة إلى التحالف [1] .

وأما القياس : فقد قاسوا البيع ونحوه من المعاملات المالية فى هذا على النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة ، وكل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس ، بمجرد اللفظ الدال على الرضا ، فكذلك البيع .

كما قاسوا ما قبل التفرق على ما بعده ، وهو قياس جلي [2] .

ومن طريق النظر قالوا : ان خيار المجلس خيار بمجهول ، فإن مدة المجلس مجهولة فأشبه ما لو شرطا خيارا مجهولا ، وهذه جهالة فاحشة ممنوعة فى الشرع [3] .

وكذلك قالوا إن البيع صدر من العاقدين مطلقا عن شرط ، والعقد المطلق يقتضى ثبوت الملك فى العوضين فى الحال فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرفاً فى العقد الثابت بتراضيهما أو تصرفاً فى حكمه بالرفع والابطال من غير رضا الآخر وهذا لا يجوز ، كما لم تجز الإقالة أو الفسخ من أحدهما بعد الافتراق [4] .

الفرع الرابع
مناقشة الأدلة

المبحث الأول
مناقشة أدلة الاثبات

لقد ناقش منكرو خيار المجلس أدلة المثبتين جميعَها : الحديث فما بعده ، وذلك من جهات متعددة لا يستحق جميعها الوقوف عنده ، لما فى

(١) نيل الأوطار ٥/ ٢١٠ (الموطأ ص ٤١٦) .
(٢) نيل الأوطار ٥/ ٢١٠ فتح القدير ٥/٨٢ .
(٣) المجموع ٩/ ١٨٤
(٤) البدائع ٥/ ٢٢٨ والعناية على الهداية ٥/٨١ وتبيين الحقائق للزيلعى ٤/ ٣ .

بعضها من تمحّل وتكلف . فحسبنا التعرض لأهمها وأظهرها . وبما أن أهم تلك المناقشات دارت حول الحديث [1] فبعض منها يتصل بوروده وثبوته ، وبعضها يتعلق بدلالة الحديث ومعناه ، فإن البدء سيكون بالنوع الأول منهما أي ما يتصل بورود الحديث عن الشارع وثبوته ، وبخاصة كون الأئمة المجتهدين الذين لم يأخذوا بخيار المجلس قد اطلعوا على الحديث ، أو بعبارة مألوفة : قد بلغهم ووصل إلى علمهم ، ولهذه الناحية أهمية كبرى في مجال الخلاف الفقهي ومقارنة المذاهب ، ذلك أن من أسباب اختلاف الفقهاء بلوغَ الخبر لفقيه وخفاءه عن آخر ، أو بلوغه إليه من طريق لا يحتج بها .

وسنرى أن هذا الحديث قد حصل اليقين بأن كلّاً من الامامين أبي حنيفة ومالك قد بلغه بصورة تحصل بها الحجة : أما أبو حنيفة فقد روى البيهقي في السنن [2] بإسناده عن ابن المديني ، عن ابن عيينة أنه حدث الكوفيين بحديث (البيعان بالخيار) قال : فحدثوا به أبا حنيفة فقال : ان هذا ليس بشيء ، أرأيت ان كانا في سفينة ؟ قال ابن المديني : ان الله سائله عما قال .

وقد ناقش المرتضى الزبيدي هذه الحكاية فاستبعد صحتها وأنها لا تليق بأبي حنيفة . ثم قال : وعلى تقدير صحتها لم يرد بقوله : « ليس هذا بشيء »الحديث ، وانما أراد : ليس هذا الاحتجاج بشيء يعني تأويله بالتفرق بالأبدان ، فلم يردّ الحديث بل تأويله (كذا ، والصواب : تأوله) بأن التفرق المذكور فيه هو التفرق بالأقوال . . ولهذا قال : أرأيت لو كانا في سفينة . وقول ابن المديني : ان الله سائله عما قال ، فلا شك فيه ، كلٌّ مسئول عن قوله وفعله ، وهو رضي الله عنه قد أعد جوابا ، ولم يترك النصوص

---

(١) خولف الترتيب السابق في الأدلة بالبدء بالسنّة قبل الكتاب ، لأن الاستدلال بها والنقاش حولها في هذا الموضوع هو لب الأدلة . أما الأدلة الأخرى فقد تجاذبها الطرفان بالرغم من خفاء دلالتها أو طروء الاحتمال عليها .

(٢) سنن البيهقي ٥/٢٧٠ وذكرها النووي في المجموع ٩/١٩٩ ط ٢ .

تتضاد . . [1] هذا ما اعتذر به الزبيدى ، والشطر الأول من كلامه مرتكز على أن الحكاية تضمنت حجاجا وتمسك الطرفان بمسألة التفرق مع أن الحكاية مقتصرة على رواية الحديث فإما أنها سيقت مختصرة ، وإما أن الإمام طوى بيان حجته وذكر ما يدل عليه وهو تعذر تطبيقه الاّ بحمله على التفرق بالأقوال ، أما آخر كلامه فهو مسلَّم ، والظن بالأئمة أنهم ذوو ادراك لهذه المسئولية وقد أعدوا لها الأجوبة ، غير أن ابن المدينى قصد بهذه العبارة تخطئة اجتهاد ابى حنيفة ، والمجتهد يخطئ ويصيب ، والخطأ غير الضلال . على أن ابرام البيع للمتعاقدين فى سفينة وان رآه الامام أبو حنيفة متعذرا هو من أيسر الأمور عند مثبتى خيار المجلس ، لأن فى وسع المتعاقد الراغب فى ابرام العقد أن يلجأ إلى التخيير بأن يقول أحدهما لصاحبه : اختر ، مستعجلا ايّاه فى امضاء العقد أو فسخه ، فلا فسحة له بعدئذ من اختيار أحد الأمرين .

أما الامام مالك فقد قال عقيب روايته الحديث فى الموطأ – ومثله فى المدونة – : وليس لهذا عندنا حد معروف ، ولا أمر معمول به فيه [2] . ومن المعروف فى مذهبه ترك الأخذ بالحديث إذا خالفه عمل أهل المدينة معتبرا إيّاه منسوخا أو مؤولا وقد ناقش النووى هذا الصنيع من مالك بأن الأخذ بعمل أهل المدينة هو اصطلاح لمالك وحده انفرد به عن العلماء فلا يُقبل قوله فى رد السنن لترك فقهاء المدينة العمل بها ، إذ لم ينحصر الفقهاء فى عصره ولا قبله فى المدينة أو غيرها . كما أنه نوزع فى اتفاق فقهاء أهل المدينة على ترك العمل به ، قال ابن أبى ذئب: هذا خبر موطوء بالمدينة [3] ثم أنكر عليه موقفه هذا وهو معاصره وأغلظ عليه القول من أجل هذه المسألة [4] .

وعن موقف مالك من الحديث لم أر أجود من كلام الامام الخطابى وهو يشرح حديث خيار المجلس فقد قال : أما مالك فان أكثر شيء سمعت

(1) عقود الجواهر المنيفة للمرتضى الزبيدى ٢/٩ – ١٠ .

(2) الموطأ ص ٤١٦ كتاب البيوع ، باب الخيار ، والمدونة ١٠/ ٢٠ .

(3) موطوء : مشهور ، من الطريق الموطوءة : المسلوكة كثيرا (لسان العرب / وطئ) .

(4) المجموع ١٩٩/٩ العلل ومعرفة الرجال للامام أحمد ١٩٣/١ .

أصحابه يحتجون به فى رد الحديث هو أنه قال : ليس العمل عليه عندنا ، وليس للتفرق حد محدود يعلم .

قال الخطابى : وليس هذا بحجة . أما قوله : ليس العمل عليه عندنا فانما هو كأنه قال : أنا أرد هذا الحديث ولا أعمل به . فيقال له : الحديث حجة ، فلم رددته ؟ ولم لم تعمل به . وقد قال الشافعى : رحم الله مالكا لست أدرى من اتهمَ فى اسناد هذا الحديث ؟ أتهم نفسَه ، أو نافعا ، وأُعظِم أن أقول : اتهم ابن عمر .

ثم ناقش الخطابى بقية متمسك مالك وهو قوله : ليس للتفرق حد يعلم فقال : ليس الأمر على ما توهمه . والأصل فى هذا ونظائره أن يرجع إلى عادة الناس وعرفهم ، ويعتبر حال المكان الذى هما فيه مجتمعان ، فإذا كانا فى بيت فإن التفرق انما يقع بخروج أحدهما منه ، ولو كانا فى دار واسعة فانتقل أحدهما عن مجلسه إلى بيت أو صفّة أو نحو ذلك فإنه قد فارق صاحبه . وإن كانا فى سوق أو على حانوت فهو بأن يولِي عن صاحبه ويخطو خطوات ونحوها . وهذا كالعرف الجارى والعادة المعلومة فى التقابض وهو يختلف فى الأشياء فمنها . . . وكذلك الأمر فى الحرز الذى يتعلق به وجود قطع اليد . . . والعرف أمر لا ينكره مالك بل يقول به ، وربما ترقى فى استعماله إلى أشياء لا يقول بها غيره ، وذلك من مذهبه معروف ، فكيف صار إلى تركه فى أحق المواضع به حتى يترك له الحديث الصحيح ، والله يغفر لنا وله . وإن كان ابن أبى ذئب يستعظم هذا الصنيع من مالك ، وكان يتوعده بأمر لا أحب أن أحكيه [1] ، والقصة فى ذلك عنه مشهورة .

---

(١) معالم السنن ، للخطابى ٣/١٢٠ - ١٢١ والأمر الذى طواه لشهرة القصة قد بيّنه غيره ، وهو أن ابن أبى ذئب كان يقول : يستتاب مالك فان تاب والاّ ضربت عنقه : (العلل للامام أحمد ١/١٩٣ فقرة / ١١٩٣) وهذه الشدة من ابن أبى ذئب سببها تصوره اقدام مالك على رد الحديث ، مع أن الامام مالكا لم يصنع ذلك ، بل اجتهد وأخذ بأدلة أخرى رآها أولى من هذا الدليل .

قال ابن رشد عن حديث المتبايعين : وهذا حديث اسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها ، حتى لقد زعم أبو محمد – يقصد ابن حزم – ان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الآحاد .

ثم قال : وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث . فالذى اعتمد عليه مالك فى رد العمل به أنه لم يُلفِ عمل أهل المدينة عليه ، مع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود انه قال : ايما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان ، فكأنه حمل هذا على عمومه ، وذلك يقتضى أن يكون فى المجلس وبعد المجلس ، ولو كان المجلس شرطا فى انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تبيين حكم الاختلاف فى المجلس لأن البيع بعدُ لم ينعقد ولا لزم ، بل بعد الافتراق من المجلس .

وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول ، وبخاصة أنه لا يعارضه الاّ مع توهم العموم فيه ، والأَولى أن يبنى هذا على ذلك . . . فهذا الذى اعتمده مالك فى ترك العمل بهذا الحديث . وأما أصحاب مالك فاعتمدوا فى ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس . . . (١) .

ومما يحسن التعقيب به هنا على عدم عمل مالك بحديث خيار المجلس، بعدما رواه،كلمةُ ابن الهمام من محققى الحنفية ، ناهجا منهج الانصاف قائلا : « وأما ما قيل : حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به ، فلو كان المراد به ذلك لعمل به ، فغاية فى الضعف ، إذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره ، بل مالك عنده محجوج به »(٢) .

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ١٤٢ وقد أشار أن صنيع المالكية هنا تغليب القياس على الأثر وذلك مذهب مهجور عند المالكية . . ثم أشار إلى تخلصهم بأنه ليس تغليبا بل تأويل وذكر شيئا من التأويلات السابق ذكرها .

(٢) فتح القدير ٨٢/٥ .

ومن صور المناقشات التى تعرض لها الحديث – وهو أقوى أدلة الإثبات – القول بأنه خبر واحد ورد فيما تعم به البلوى ، فلا يقبل . وأجيب عن ذلك بأنه هو خبر العدل عن العدل فيجب قبوله . ثم انه ليس فيما تعم به البلوى ، لأن الأزمان المتوالية تمضى ولا يحتاج إلى خيار المجلس [1] .

وأورد المثبتون على مثيرى شبهة كونه خبر آحاد أن نفاة الخيار أسقطوا القراءة عن المقتدى ، وأوجبوا الوتر بأخبار الآحاد وكل ذلك مما تعم به البلوى [2] .

ومن مناقشة النفاة للحديث من حيث الدلالة قولهم ان الحديث – بالرغم من صحته – خبر آحاد ، وقد ورد مخالفا لظاهر الكتاب ، والمراد بظاهر الكتاب الآيات السابق ذكرها وهى قوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الاّ أن تكون تجارة عن تراض منكم » [3] . وما فيها من الاطلاق عن شرط التفرق . وآية الوفاء بالعقود باعتبار أن فسخ العقد من طرف أحدهما مخل بالوفاء بالعقود .

يقول ابن عبد البر ، بعد أن قرر أن مذهب مالك إيجاب العمل بمسند الحديث ومرسله ما لم يعترضه العمل الظاهر ببلده ، ولا يبالى فى ذلك من خالفه فى سائر الأمصار :

« ولا يرى العمل بحديث خيار المتبايعين ولا بنجاسة ولوغ الكلب ،

---

(١) ايثار الانصاف فى آثار الخلاف ، لسبط ابن الجوزى (الحنفى) مخطوط (ورقة ١١٤ – ١١٥) وقد أيد النفاة (أصحاب مذهبه) بالتعلق بكون حديث المتبايعين خبر آحاد . وهو ليس حجة فيما فيه زيادة على الكتاب (أى الآيات المقتضية الوفاء بالعقد بمجرد عقده) ثم تعلق بعدم عمل مالك به – وقد سبق جوابه – ولجأ أخيرا إلى دعوى النسخ ، أو حمله على التفرق بالأقوال أو حمله على خيار القبول ، وكل ذلك سبق الجواب عنه مفصلا .

(٢) وفى المحلى مناقشة مستفيضة لما أثير حول حديث خيار المجلس من شبه مع التعرض لما يتصل بالحديث من الآيات أو الآثار والرد على المنكرين والزامهم الأخذ به ، على طريقة ابن حزم فى الربط بين ما أخذ به كل أصحاب مذهب وما تركوا . . (المحلى ٨/ ٤٠٥ – ٤٢٢) .

(٣) سورة النساء ٢٩ .

لم يدر ما حقيقة ذلك كله ، لما اعترضها عنده من العمل »[1] .

وقد ارتأى بعض الفقهاء المنكرين لخيار المجلس أن حديث المتبايعين إذا سُلِّم أنه على ظاهره ، دون صرف التفرق إلى الأقوال ، وأنه للتفرق بالأبدان فهو محمول على الاستحباب ، وهو حض لتحسين المعاملة مع المسلم . أو يقال : انه محمول على الاحتياط للخروج من الخلاف .

وقد ناقش ذلك المثبتون بأنه خلاف الظاهر فلا يصار إليه الاّ لدليل[2] .

هذا ، وقد كان من صنيع سحنون فى المدونة أن أورد خلف مسألة نفي خيار المجلس قول ابن وهب : وكان ابن مسعود يحدث أن رسول الله ﷺ قال : أيما بيّعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان .

وقال أشهب : الذى اجتمع عليه أهل العلم من أهل الحجاز أن البيعين اذا أوجب البيع بينهما فقد لزم ولا خيار لواحد منهما الاّ أن يكون أحدهما اشترط الخيار فيكون ذلك لمشترط الخيار على صاحبه ، وليس العمل على الحديث الذى جاء : (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) قال أشهب : ونرى والله أعلم أنه منسوخ لقول رسول الله ﷺ: المسلمون على شروطهم،ولقوله ﷺ:إذا اختلف البيعان استحلف البائع . وقال غيره: فلو كان الخيار بينهما لما كلف البائع اليمين . . .[3] .

---

(١) التمهيد ، لابن عبد البر ٣/١ ط . المغرب . ويقصد بالعمل عمل أهل المدينة وعن ذلك ينظر الحطاب ٤/ ٤١٠ والزرقانى على الموطأ ٣/ ١٣٨ والمقدمات لابن رشد ٢/ ٢٣٩ وفتح القدير ٥/ ٨١ وفى الفواكه الدوانى / ١٢٤ « وانما قدم مالك العمل على الحديث الصحيح لأنه خبر آحاد وعمل أهل المدينة كالخبر المتواتر » ونحوه فى الدسوقى على الشرح الكبير ٣/ ٩١ وزاد : لأن المتواتر من قبيل الاجماعيات يفيد القطع بخلاف خبر الآحاد فانه يفيد الظن .

(٢) نيل الأوطار ٥ ٢١٠ .

(٣) المدونة ١٨٨/٤ .

وقد ناقش المثبتون دعوى النسخ ، ومما أورد عليه قول الحافظ ابن حجر : لا حجة فى شىء من ذلك ، لأن النسخ لا يثبت بالاحتمال ، والجمع مهما أمكن لا يصار معه للترجيح ، والجمع هنا ممكن بغير تعسف ولا تكلف[1] .

وإذا ظهر خطل حمل الحديث على الاستحباب ، أو ادعاء النسخ بسهولة ويسر ، فان هناك محملا آخر شغل كثيرا من وقت المؤلفين ، وهو حمل الحديث على خيار آخر غير خيار المجلس ، وهو خيار الرجوع .

وهكذا صرف الحنفية الخيار المذكور فى حديث المتبايعين عن خيار المجلس إلى خيار آخر للعاقدين غير متنازع فيه وهو خيار الرجوع للموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر . وهذا التأويل للحديث ذو أصول عريقة فقد صرح به الإمام محمد بن الحسن ونقله عن النخعى حيث قال فى الموطأ : « وتفسيره عندنا على ما بلغنا عن ابراهيم النخعى أنه قال : (المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا) قال : ما لم يتفرقا عن منطق البيع إذا قال البائع : قد بعتك فله أن يرجع مالم يقل الآخر : قد اشتريت ، وإذا قال المشترى : قد اشتريت بكذا وكذا ، فله أن يرجع ما لم يقل البائع : قد بعت »[2] .

وقد أشار الكاسانى إلى هذا وأضاف بأنه موافق لرواية أبى حنيفة لما روى عن ابن عمر « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعها » لكنه زاد أيضا على الحمل على خيار الرجوع عن الإيجاب إمكان حمله على خيار القبول اذ للبائع بعد صدور الايجاب من المشترى أن لا يقبل – وذلك للمشتري أيضاً إن كان الموجب هو البائع[3] .

---

(١) نيل الأوطار نقلا عن ابن حجر (٥/٢١١)

(٢) الموطا لمالك ابن أنس رواية محمد بن الحسن الشيبانى (ص ٢٧٧) . والتعليق الممجد شرح موطأ محمد ص ٣٤٢ .

(٣) البدائع ٥/ ٢٢٨ .

وفى سبيل ذلك ذهب النفاة إلى تناول لفظين فى الحديث بالتأويل ، أو التفسير الخاص ، وهما : (المتبايعان) و (التفرق) .

أما اللفظ الأول (المتبايعان) فقالوا إن المراد به المتساومان قبل إبرام العقد [١] أو بعبارة أخرى « المتشاغلان فى البيع قبل تمام العقد [٢] » ، فالخيار المذكور فى الحديث محمول على خياري الرجوع والقبول ماداما فى التبايع حيث يكون لمن صدر منه الايجاب (مشتريا كان أو بائعا) أن يرجع عن إيجابه قبل أن يتصل به القبول من الآخر . كما أن للعاقد الآخر (المشترى أو البائع) الخيار بين القبول وعدمه . وهذا الخيار لكل منهما سابق للعقد وهو متفق عليه بين المذاهب . فالمتبايعان هنا هما المتساومان قبل العقد ، وهى التسمية الملائمة لحال المساومة وتقرير الثمن قبل تمام العقد لأنهما بعد تمام العقد لا يسميان متبايعين حقيقة ، بل يقال : كانا متبايعين [٣] .

وقد ناقش مثبتو خيار المجلس هذا التفسير من نواحٍ عديدة أهمها : أن القضية معكوسة ، فالمتعاقدان يسميان « متبايعين » بعد انقضاء التعاقد ، لأن هذه التسمية مشتقة من (البيع) فما لم يوجد لا يجوز أن يشتق منه . وأما قبل التعاقد فهما متساومان والحديث لم يرد فيه هذا اللفظ . على أن حمل الحديث على خيار المجلس يستلزم فائدة للحديث لم تكن بدونه ، ولو جعل مفاده لخيار المتساومين كان تنصيصا على أمر بدهي معروف فيخلو الحديث عن فائدة لم تكن معلومة [٤] .

---

(١) المجموع ٩/ ٢١٠ .

(٢) الفروق ، للقرافى ٣/٢٧٢ .

(٣) البدائع ٥/ ٢٢٨ وقال : « وهذا النوع من التأويل للخبر نقله محمد فى الموطأ عن ابراهيم النخعى وانه موافق رواية ابى حنيفة لما روى عن ابن عمر : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعها.حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان » .

(٤) ذكر ابن عقيل من الحنابلة فى كتابه « الجدل على طريقة الفقهاء » ص ٣٣ صورة وجيزة لهذه المناقشة بقوله : « فيقول المخالف : المتبايعان هما المتشاغلان بالبيع قبل الفراغ ، فيقول (أصحابنا) : البيعان : المتفاعلان ، ولا يتم التسمية الآ بعد القبول والايجاب » .

ولو سلم لمنكري خيار المجلس كون لفظ (المتبايعين) حقيقةً في المتشاغلين بالبيع ،مجازاً فيمن تم تعاقدهما ، فإن الحمل على المجاز متعين لمانع خارجي من حمله على الحقيقة (المفترضة) وهو ما روى أنه ﷺ خير اعرابيا بعد البيع [1] .

يضاف إلى ذلك صنيع ابن عمر بالمشي ليجب له البيع ، وهو أعلم بمراد الحديث لما كان له (ولأمثاله من الصحابه) من مزية مشاهدة نزول الآيات وورود الأحاديث ومعرفة الاسباب والملابسات التي لا ينكر أثرها في بيان المراد .

لكن ادعاء صرف الحديث لخيار الرجوع تذرعا بالحقيقة وفرارا من المجاز في لفظ (المتبايعين) قضية لم تَسلم من مناقشة حادة من مثبتي الخيار القائلين بأن المراد بالمتبايعين : المتعاقدان ، لأن « البيِّع » – أو « المتبايع » من الأسماء المشتقة من أفعال الفاعلين وهو « البيع » فما لم يوجد البيع لا يجوز أن يشتق منه لأن كل اسم من معنى لا يصلح اشتقاقه حتى يوجد ، فلا يقع حقيقة الاّ بعد حصول الفعل منهم ، كقولهم : زان وسارق . ولا يطلق لفظ (المتبايعين) على المتساومين لأن لكل منهما مجالا ، فالمتساومان يطلق مادامـا في المساومة وتقرير الثمن قبل تمام العقد ولا يطلق عليهما في تلك الآونة لفظ فإذا انتهيا من تلك المرحلة وارتبط إيجاب أحدهما بقبول الآخر كانا « متبايعين »[2] فتبين أن الحقيقة هو مـــا لدى المثبتين ، وأن اطلاق النفاة ليس واردا على المعنى الحقيقي ولا يتسع لهم الاّ المجاز ، فإذا سلم امكان اطلاق المتبايعين على « المتساومين » على سبيل المجاز فإن الحمل على الحقيقة أو ما يقرب منها أولى ، – كما قال ابن حجر – ولا يلزم من استعمال المجاز في مواضع استعماله في كل موضع [3] . ويقول البعلي من الحنابلة : « اطلاق المشتق – كاسم

(1) سنن البيهقي ٥/٢٧٠ .
(2) المجموع شرح المهذب ٩/٢٠٠ .
(3) نيل الأوطار ٥/٢٠٩ – ٢١٠ .

الفاعل واسم المفعول – باعتبار الحال حقيقة بلا نزاع ، واطلاقه باعتبار المستقبل مجاز » [1] .

كما أن حمل « المتبايعين » على المتعاقدين يجعل للحديث فائدة لم تكن معروفة قبله،أما حمله على المساومة فيخرجه عن الفائدة لأنه معلوم ويصان كلام الشارع عن الحمل عليه لأن معناه : المتساومان إن شاءا عقدا وإن شاءا لم يعقدا وهو لا يحتاج إلى بيان ، لأنه معروف بالبداهة [2] .

ثم ان مدّ الخيار إلى حين التفرق فيه تصريح بثبوته بعد انقضاء العقد .

ثانيا – أما اللفظ الآخر الذى استهدف للتأول فهو لفظ (التفرق) فقد حمله نفاة خيار المجلس على التفرق بالأقوال ، فى حين ذهب المثبتون إلى أن المراد التفرق بالأبدان . وكان استدلال كل من الفريقين حشد النصوص التى جاء فيها ذكر التفرق مقصودا به المعنى المحتج له ، فينبرى المخالفون بأن ذلك استعمال مجازى . . ومن مقالة ابن حجر فى ذلك تصريحه : بأنه لا يلزم من استعمال المجاز فى مواضع استعماله فى كل موضع [3] .

وقد تطرق الكلام إلى مادة (فرق) فجيء بكلام الفضل بن سلمة بأن (افترقا) للكلام و (تفرقا) للابدان ونوزع فى ذلك وأجيب عنه . قال الشوكانى : لكن الحق حمل كلام الفضل المذكور على الاستعمال بالحقيقة ، وان جرى استعمال أحدهما مكان الآخر اتساعا [4] وكان من جواب المثبتين أن التفرق المجعول غاية للخيار وإزالة له انما هو التفرق المؤدى إلى لزوم العقد ، وهو التفرق بالأبدان ، ولا يصح أن يعتبر توافق الايجاب والقبول تفرقا –

---

(١) القواعد ١٢٦ .

(٢) فى كتاب « المسودة » فى أصول الفقه ، الذى ألفه ابن تيمية وأبوه وجدّه فصلان تكلم فيهما عن الاسماء المشتقة هل هى حقيقة بعد انقضاء المعنى المشتق ، وعنها حال الشروع فى الفعل قبل وجود ما يتناوله مطلق الاسم المشتق ، (الصفحات ٥٦٧ – ٥٦٩) .

(٣) نيل الأوطار ٥/٢١٠ .

(٤) نيل الأوطار ٥/ ٢٠٩ ومعالم السنن ٣/ ١١٩ .

بالقول فى دعواهم – لأن من أوجب فغرضه أن يقبل صاحبه ، فإذا قبل فهى موافقة ولا تسمى مفارقة (١) .

وفى مجال الأخذ بالحديث أو تأويله بحمل التفرق على التفرق بالأقوال أورد المثبتون الدليل القاطع للخلاف وهو ما جاء فى بعض روايات حديث المتبايعين : رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « حتى يتفرقا من مكانهما » اخرجها البيهقى . وفى رواية ابن عمر نفسه : « ما لم يتفرقا وكانا جميعا » وفى رواية أخرى : « وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » فهذه الروايات واضحة بأن المراد بالتفرق : الافتراق بالأبدان (٢) .

قال الخطابى : لو حمل على التفرق بالأقوال لخلا عن الفائدة وسقط معناه وذلك « ان العلم محيط بأن المشترى ما لم يوجد منه قبول البيع فهو بالخيار ، وكذلك البائع خياره ثابت فى ملكه قبل أن يعقد البيع . وهذا من العلم العام الذى قد استقر بيانه من باب أن الناس مخلَّون وأملاكَهم،لا يُكرهون على إخراجها من أيديهم ولا تملك عليهم إلاّ بطيب أنفسهم (٣) .

وأيد المثبتون حملهم التفرق على التفرق بالبدن بآثار الصحابة المروية عن ابن عمر وأبى برزة .قال ابن حجر : ولا مخالف لهم .

ويلحظ فى تأويل نفاة خيار المجلس لكلمتَي (المتبايعين) و (التفرق) أنه لابد من الأخذ بالتأويلين معا ، إذ لو اقتصر على أحدهما كحمل الفرقة على الأقوال فقط لم يتوصل إلى النفي لأن معنى الحديث يختل اذ لو كانت الفرقة بالأقوال لم يكن له خيار بعد البيع – والحديث يثبته – وقد حملوه على خيار القبول والرجوع وهما قبل انبرام البيع فكان لا بد مع ذلك من حمل المتبايعين

---

(١) المجموع ٩/٢٠٠ .

(٢) نيل الاوطار ٥/٢٠٩ .

(٣) معالم السنن ٣/١١٩ – ١٢٠ .

على (المتساومين) . ومن هنا قال البيضاوى : من نفى خيار المجلس ارتكب مجازين لحمله (التفرق) على الأقوال و (المتبايعين) على المتساومين [1] .

ولم يقتصر الاختلاف فى معنى التفرق على هذين الرأيين : التفرق بالأقوال كموجِب للزوم العقد (وهو كما رأينا صرف الخيار إلى خيار الرجوع) ، والتفرق بالأبدان كموجِب للزوم العقد (وهو اجراء للخيار فى خيار المجلس) .

بل هنالك رأي ثالث ذهب إليه أبو يوسف ، وعيسى بن ابان من أصحاب محمد بن الحسن ، والطحاوى . ومفاده أن التفرق المذكور فى الحديث هو التفرق بالأبدان لكن ليس لايجاب لزوم العقد كما قال مثبتو خيار المجلس ، بل هو حدّ لامتناع لحاق القبول بالايجاب : فإذا صدر من البائع الايجاب فللمخاطب بذلك القولِ أن يقبل ما لم يفارق صاحبه ، فإذا افترقا لم يكن له بعد ذلك أن يقبل . قال : ولولا أن هذا الحديث جاء ما علمنا ما يقطع المخاطب عن القبول ، فلما جاء هذا الحديث علمنا أن افتراق أبدانهما بعد المخاطبة بالبيع يقطع القبول.وذكر ابن أبى ليلى فى ترجيح مذهبه هذا على سواه أن الفرقة التى اتفقوا عليها هى الفرقة فى الصرف وهى يجب بها فساد العقد المتقدم ولا يجب بها صلاحه ، فهذه الفرقة هنا ان جعلناها لقطع التحاق القبول بالايجاب كانت لفساد ما تقدم من عقد ، فلها أصل متفق عليه بخلاف ما سواها من تفسيرات . قال العينى فى شرح معانى الآثار للطحاوى : « وهذا التفسير مروى أيضا عن أبى يوسف [2] » . ولما كان حمل الحديث المثبت

---

(١) نيل الأوطار ٥/٢١٠ .

(٢) التعليق الممجد على موطأ محمد ، للكنوى ص ٣٤٠ ملخصا عن نخب الافكار فى تنقيح مبانى الآثار للعينى وهذا النص أيضا فى عقود الجواهر المنيفة ٢/ ٧ منقولا من كتاب الحجة لعيسى بن ابان وقد اختاره الامام الطحاوى (مختصر الطحاوى ٧٤) ومال إليه السنهورى (مصادر الحق ٢/ ٩٣) ولا يخفى أن تلاقى تفسير وآخر لا يصلح مرجحا إذ ما المانع من أن يكون التفسير المستأنس به واردا على سبيل الاستثناء أو الخصوص والاجماع انما ورد فى معنى الفرقة فى الصرف لا فى غيره . والفرقة فى الصرف كانت مفسدة للنص على منعها بخصوصها باشتراط التقابض فى المجلس .

لخيار المجلس على أنه لبيان وقت انقطاع خيارَي الرجوع والقبول يتعارض مع ما فى بعض رواياته من ذكر التخاير : « أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » استلزم تأويلُ الحديث المشار إليه الاردافَ بتأويل تلك الرواية بحملها على أنها لتخويل الموجِب بعد صدور إيجابه أن يستعجل صاحبه بالبت فى اختيار الايجاب أو رفضه [١] .

وليس من الميسور منح هذا التأويل صفة السلامة من التكلف إذا ما روعيت روايات الحديث الأخرى التى تصرح بأن المراد من عبارة : اختر هو الاختيار بعد الايجاب والقبول وهو الذى يتبادر إلى الأذهان . . [٢] .

وبمناسبة الكلام عن التفرق والتخاير وقع التنازع الاستدلالى لأثر ابن عمر المتضمن أنه كان يقوم إذا أراد أن يلزم البيع ، وكيف يفعل ذلك مع ما فى إحدى روايات حديث (المتبايعان بالخيار) من قوله عليه الصلاة والسلام « ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله » فقد استند إليه منكرو خيار المجلس من حيث إن الحاجة إلى الاستقالة انما تتحقق إذا كان العقد لازما ، فلو لم يكن العقد لازما لما احتاج إلى الاستقالة (طلب الاقالة) ولا فرّ خشية طلبها منه . . وهذا الخوف من طلب الاقالة يكون قبل التفرق فدل على أن العقد لازم قبله فلا بقاء لخيار المجلس [٣] . وجواب المثبتين عن هذه الرواية : أنها دليل لاثبات خيار المجلس – كما هو صنيع الترمذى فى سننه حيث أوردها دليلا للاحتجاج لخيار المجلس [٤] ، لأن معنى الحديث : مخافة أن يختار العاقد الآخر الفسخ ، فعبر بالاقالة عن (الفسخ) ، ودليل ذلك أمران :

---

(١) فتح القدير ٥/٧٨ .

(٢) الروض النضير للسياغى ٣/٥١٧ وفيه وفى نصب الراية نماذج من تلك الروايات الموضحة للمراد من (اختر) .

(٣) المجموع ٩/١٨٧ معالم السنن ٣ ١٢٢ نيل الأوطار ٥/٢١٠ الروض النضير ٣/٥١٦

(٤) سنن الترمذى .

الأمر الأول : انه عليه الصلاة والسلام أثبت لكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا ثم ذكر الاقالة في المجلس ، ومن له الخيار لا يحتاج إلى الاقالة فدل أن المراد بها (الفسخ) .

الأمر الثاني : لو كان المراد حقيقة الاقالة لا يمنعه منها المفارقة ، لأن الاقالة لا تختص بالمجلس. [1] . . قال الخطابي : والاستقالة قبل المفارقة وبعدها سواء ، لا تأثير لعدم التفرق بالأبدان فيها [2] .

المبحث الثاني
مناقشة أدلة النفي

لقد رأينا في معرض أدلة الاثبات كثيرا من حججهم التي درؤوا بها استدلالات النفاة ، وكان البدء بمناقشة أدلة الاثبات لاقتضاء المقام لذكر ردودهم على النفاة في ثنايا الكلام ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى كان هَمُّ منكري خيار المجلس الفتش والتنقيب عما يسند مذهبهم ، سواء كان ذلك بصرف أدلة الاثبات (أو تصيدها أحيانا) أو اثارة الشبه من حولها ، في حين كان مع مثبتي الخيار أدلة قوية أراحتهم من عناء النقد المفصل للحجج التي استند إليها النفاة .

ومما لم ينتظمه ما سبق من مناقشات : جواب المثبتين عن الاحتجاج من النفاة بآيات العقد التي وردت مطلقة عن قيد التفرق عن المجلس ، كآية (تجارة عن تراضٍ) ونحوها وأحاديث (من ابتاع طعاما فلا يبيعُه حتى يستوفيه - والمسلمون على شروطهم - وحديث التحالف) فقد قيل في هذا كله : ان هذه النصوص لا تعدو أن تكون نصوصا عامة خصصتها أحاديث الإثبات [3] .

---

(١) المجموع للنووي ١٨٧/٩ .
(٢) معالم السنن ١٢٢/٣ .
(٣) المجموع ٩ /٢٠٠ .

أما آية الوفاء بالعقود فإن المقصود العقد المستكمل وجوده الملزم للعاقدين شرعا ، فكما عرفنا من الشارع وجوب الوفاء بالعقد عرفنا منه متى ذلك ، وهو ما بعد تفرق المتبايعين وذلك حيث يتحقق كمال الرضا وينقطع التردد ، فاعتبار خيار المجلس – على هذا – لا ينافي هذا النص وأمثاله ، كآية الإشهاد عند التبايع [(١)] .

وأما قياس العقود القابلة للخيار على النكاح والخلع والكتابة والرهن ، فقد أجيب عن ذلك بأنه قياس فى مورد النص ، ثم هو قياس مع الفارق ، لأن البيع معاوضة محضة ، فى حين أن المعاوضة فى تلك التصرفات غير محضة ، لأنها ليس المقصود منها المال ، ولذا لا تفسد بفساد العوض ، بخلاف البيع ونحوه [(٢)] .

ثم ان اسم البيع لا يتناول النكاح ، والخيار ورد فى البيع . وكذلك الأمر بالنسبة للعقود الأخرى التى قاسوا البيع عليها فان اسم البيع لا يتناولها [(٣)] فإن البيع ينقل ملك رقبة المبيع ومنفعته بخلاف ما ذكر . وقياسهم ما قبل التفرق على ما بعده قياس فاسد لمصادمة النص [(٤)] .

أما اشتمال الخيار على الجهالة المانعة ، فالجواب ان هذه جهالة وردت فى خيار ثابت شرعا فدل على أنها ليست من الجهالة الممنوعة لأن العلم بوجودها الشرعى كافٍ لتخفيف وطأتها .

وأما جهالة زمن الخيار فهى كتلك التى يشتمل عليها خيار العيب لثبوته على التراخى ، وكالتملك بالشفعة ، ولو كان الموضوع خيارا ثابتا بالشرط لمنعت الجهالة فيه ، لأن الخيار حينئذ يتعلق بشرطهما فيشترط أن يجرى بيان زمن الخيار [(٥)] .

---

(١) فتح القدير ٨١/٥ .

(٢) المجموع ٢٠١/٩ .

(٣) نهاية المحتاج بحاشية الشبراملسى ٧/٤ ومغنى المحتاج ٤٤/٢ .

(٤) نيل الأوطار ٢١٠/٥ – ٢١١ .

(٥) المجموع ٢٠١/٩ .

المبحث الثالث

الترجيح بين الأدلة

وفى سبيل الترجيح بين هذين الموقفين المتضادين اثباتا ونفيا يبدو للمتأمل أن أدلة القائلين بخيار المجلس هى من حيث الورود قاطعة لثبوتها فى كتب الحديث المعتبرة لدى الطرفين ، بل ان نفاة خيار المجلس أنفسهم رووا الحديث من طرق لاشائبة فيها .

وتلك الأدلة هى من حيث الدلالة فى غاية الوضوح.أمّا التأويلات التى صرف بها النفاة أحاديث خيار المجلس إلى معانيَ أخرى فإن بعضها بدهى لا يحتاج إلى نص ، كخيار الرجوع عند التعاقد ، وبعضها واهٍ كجعل الخيار للاستحباب أو ادعاء النسخ ، وقد فنّد المحققون من العلماء المتقدمين ومن بعدهم تلك المحاولات بحيث تبين أن تلك التأويلات لا تستحق الوجاهة والاعتبار فلم يبق للحديث الوارد فى خيار المتبايعين إلاّ ذلك المعنى القائم على أنه لإثبات خيار المجلس ، وليست تلك التأويلات صالحة لتخلف أثره بحيث لا تترتب عليه دلالته . وقد رأينا فى المناقشات السابقة بيان ذلك مفصلا .

وما أورده النفاة من معارضة الحديث لظواهر بعض النصوص الشرعية كالآيات الثلاث المذكورة آنفا ، والأحاديث السابقة،جوابهم أنه ليس فى ذلك معارضة فى الواقع،لأن المعارضة لا تتم الاّ بتعذر الجمع ، والجمع هنا ممكن،لأنها جميعها نصوص عامة ، وحديث المتبايعين نص خاص فيبنى العام على الخاص [1] .

أما النواحي التطبيقية التى أثيرت على القول بثبوته،مثل خطره على استقرار التعامل –كما قيل– [2] للتطرق من هذا إلى قضية مخالفة حديثه

---

(١) نيل الأوطار ٢١٠/٥ .

(٢) مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، للسنهورى ٣٨/٢ .

للقواعد العامة فى الشريعة التى تمنح العقود قوتها الالزامية . فلدى التأمل يتبين أنه ليس فى ثبوت خيار المجلس أى وهن يطرأ على قوة العقد الملزمة ، لأن تقرير الشارع لخيار المجلس معناه : مد فترة التعاقد بإلحاق الزمن الباقى من مجلس العقد بفترة التعاقد التى اتفق على أن لهما فيها خيار الرجوع والقبول (خيار رجوع الموجب عن إيجابه قبل أن يتصل به قبول الآخر،وخيار الآخر فى قبولِ التعاقد-بعد صدور الايجاب-أو ردِّه) .

بل إن الوهن إن تصور فهو فى الخيارات الأخرى أوضح منه ها هنا ، لا سيّما اذا لوحظ أن الشارع أعطى كلاً من المتعاقدين – بعدما مدّ لهما فترة التعاقد – مِكنة قطع ذلك الزمن والاقتصار على الفترة التى استغرقها التعاقد فعلا ، وذلك لا يحتاج من أحد العاقدين الاّ إلى التخيير للآخر وهو مطالبته باختيار امضاء العقد أو فسخه ، فإذا اختار أحدهما كان خيار المجلس عديم الأثر ، كما أن لهما اسقاطَه قبل التعاقد – على بعض الآراء الفقهية – بعوض وبدونه . كما أن من وسائل التخلص منه لمن يرغب ذلك من المتعاقدين مفارقة المجلس كما ورد من صنيع ابن عمر كلما أراد أن يلزم العقد له [(١)] .

وقد تناول هذه النقطة بالبحث عدد ممن تعرض لخيار المجلس بين ناقد ومدافع ، وكان الدفاع قائما على أساس التنصل من خيار المجلس وذلك بالاعتذار عن وجوده فى الفقه الاسلامى بأنه مختلَف فيه بين المذاهب ، وأنه انفرد بالقول به الشافعية والحنابلة والامامية [(٢)] أو أن هذا الخيار لم يعد

(١) ويقول الشافعى فى الأم فى التحدث عن تعليق اللزوم فى خيار المجلس على التفرق : « ولعل ذلك يكون فى طرفة عين ، أو لا يبلغ يوما كاملا لحاجة الناس إلى الوضوء أو تفرقهم للصلاة وغير ذلك ، فقبحتَه ، وجعلت له الخيار ثلاثين سنة برأي نفسك فلم تقبحه ! .قال : ذلك بشرطهما ، قلت : فمن شرط له رسول الله ﷺ أولى أن يثبت له شرطه ممن شرط له بائع ومشتر ! » ٣/٨ .

(٢) التعبير عن الارادة ، للدكتور وحيد الدين سوار(ف/ ٦١٨)وقد ذكر له مبررا آخر فى المذهب الشافعى هو عدم اشتراطه سماع كل من العاقدين كلام الآخر(ف/١٢٧) منه .

مطبقا في البلاد الاسلامية [1] أو أن خيار المجلس يضعف قوة العقد ويزعزع إلزامه ويهدر حرمته [2] وبالرغم من أن معظم الذاهبين إلى ذلك لم يقصدوا الاّ الحفاظ على القوة الالزامية للعقد ، لكن ما قصدوه يضيع على العاقد وجها من وجوه الرفق بالعاقد والتيسير عليه ، وهو مبدأ تتسم الشريعة به ، ولابد من الجمع بين النصوص فى ضوء الأصول بمراعاة العام والخاص،وثبوت خيار المجلس مستند إلى نص خاص ولزوم العقد مبدأ عام يخص منه خيار المجلس ويبقى العام على عمومه فيما وراء تلك الحالة .

على أن العقد لا يسوغ التطلع إلى صلابته واستعصائه عن الاهدار الاّ بعد استكمال الشرائط التى تمنحه اللزوم وأهمها الخلوّ من الخيار [3] ، وهذه الشريطة قال بها منكرو خيار المجلس أيضا للاحتراز من عقد رافق وجوده خيار الشرط . . فإذا كان الشرع قد أرجأ هذا اللزوم إلى ما بعد التفرق أو التخاير فلابد من مراعاة ذلك بالكف عن التطلع إلى ما ليس له،ففاقد الشىء (بالطبيعة) لا يعطيه ، ولا يلام على مخالفة ما طبع عليه فإذا ما استكمل العقد طابع اللزوم عن طريق اسقاط المتعاقدين لخيار المجلس بالتفرق أو التخاير فإن هذا العقد سيغدو أقوى مما يراد منه،ذلك أن انبرامه تمخض عن تمام الرضا وحصول الرويّة وإمعان النظر.

قال اللكنوى من متأخرى الحنفية : « ولعل المنصفَ غير المتعصب يستيقنُ – بعد إحاطة الكلام من الجوانب فى هذا البحث – والمتأملَ فيما ذكرنا وما نذكر كونَ أقوى الأقوالِ هو ما فهمه الصحابيان الجليلان (يعنى ابن عمر وأبا برزة) . يقصد قولهما بخيار المجلس إلى التفرق بالابدان ليتلوه لزوم العقد . [4]

(١) المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقا(ف/١٩٦) وقد ذكر أن القضاء فى جميع البلاد الاسلامية اليوم يجرى على عدم الأخذ بخيار المجلس . وهذا الاطلاق غير مسلّم ، فالقانون الايرانى قد اعترف به متأثرا بالمذهب الامامى وذلك فى المادة ٣٩٧ (التعبير عن الارادة ص ٥٩٩) .

(٢) مصادر الحق ، للسنهورى ٣٨/٢ .

(٣) بدائع الصنائع ١٧٤/٥ .

(٤) التعليق الممجد ، للكنوى ص ٣٤٠ .

لهذا كله لا مناص من ترجيح مذهب الاثبات لخيار المجلس ، واعتبار اللزوم مستأخرا عن العقد إلى حصول التفرق أو التخاير.

الفرع الخامس

زمن الخيـار وأمده

المبحث الأول

زمن ثبوت الخيـار

الزمن الذى يثبت فيه خيار المجلس هو الفترة التى أولها لحظة انبرام العقد ، أى بعد صدور القبول موافقا للايجاب ، وبعبارة أخرى لها شأنها فى المناقشات بين مثبتي هذا الخيار ونفاته : يثبت بعد التفرق بالأقوال ، وهو الذى اختلف فى ثبوت الخيار عنده . أما قبل التفرق بالأقوال فالخيار ثابت اجماعا لكنه ليس خيار المجلس ، بل خيار القبول الذى سبقت الاشارة إليه .

المبحث الثانى

أمـد الخيـار

أمد خيار المجلس لا يمكن تحديده ، لأنه موكول لإرادة كل من المتعاقدين ، فيطول برغبتهما فى زيادة التروى ، ويقصر بإرادة المستعجل منهما حين يخاير صاحبه أو يفارقه فهو يخالف فى هذا خيار الشرط القائم على تعيين الأمد بصورة محددة . فانتهاء الخيار على هذا غير منضبط لارتباطه بأحد أمرين : التفرق أو التخاير وكلاهما غيرُ معروفٍ زمنُ حصوله .

ولكن هناك وجها فى المذهب الشافعى ، وصفه النووى بأنه ضعيف ، مفاده أن لخيار المجلس أمداً أقصى هو ثلاثة أيام كيلا يزيد عن خيار الشرط .

وهناك وجه ثالث أن من مسقطاته شروعَ أحد المتعاقدين فى أمر آخر وإعراضَه عما يتعلق بالعقد مع طول الفصل. فهذا المسقط يقصر من أجل الخيار أكثر من التفرق أو التخاير. لأنه يحصره فى حالة التعاقد الجادة وهى برهة يسيرة. والراجح هو الوجه الأول القائل بأنه ثابت حتى التفرق أو التخاير [1].

وبالرغم من أن الوجه الثانى ضعيف حسب أصول المذهب فانه يشتمل على تعديل للغرابة التى تثور إذا طال مجلس العقد أياما، كما فى بعض الصور النادرة، أو إذا كان المتبايعان فى سفينة صغيرة– ولها حكم الدار الصغيرة عندهم فالمتفرق فيها يكون بمغادرتها فإذا ظلّا فى البحر أياما فني هذا القول – وحده – متنفّس ومَدفع للإيرادات من الآخرين الذين نفوا خيار المجلس.

ولا غنى فى هذا المجال من الاشارة إلى وجه حكاه الرويانى عن عُبيدِ اللهِ بن الحسن العنبرى بأن خيار المجلس بالنسبة لمن يقومان من مجلسهما ويتماشيان ينقطع بمجرد مفارقة مجلس التعاقد الذى كانا فيه وأصل المذهب أنهما على خيارهما ماداما معاً [2] فهذا – وان كان فهما خاصا متصلا بمعنى المجلس وحدّ التفرق – يصلح لتحديد الأجل الذى ينتهي به الخيار.

وهناك مسألة تزكي هذا القول، لكنها بحكم التعذر،وهي ما لو كان المشتري هو البائع أيضا، مثل أن يشتري لنفسه من مال ولده الصغير أو يشتري لولده من مال نفسه، لا يثبت فيه خيار المجلس، بتولّيه طرفي العقد (كالشفيع) ويحتمل أن يثبت فيه ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه، لأن الافتراق لا يمكن ها هنا لكون البائع هو المشترى [3].

---

(١) المجموع ١٨٠/٩.

(٢) المجموع ١٨٨/٩.

(٣) المغنى ٤٨٤/٣ مغنى المحتاج ٤٥/٢.

الفـرع السادس

انتهاء الخيـار

تمهيـد :

أسباب انتهاء الخيار منحصرة في التفرق ، والتخاير (اختيار امضاء العقد) وهناك سبب ثالث ينتهي به الخيار تبعا لانتهاء العقد أصلا وهو فسخ العقد،ذلك أن الفسخ هو الذى شرع خيار المجلس لاتاحته ، لكنه يأتى على العقد وما بني عليه . وكذلك يسقط الخيار بالتصرف فى المبيع ، وبالموت ، على خلاف بين المذاهب القائلة بخيار المجالس .

فإذا وقع سبب من أسباب انتهاء الخيار كالتفرق أو التصرف أو الموت أو امضاء العقد بالتخاير أو سقط الخيار بسقوط العقد أصلا بطريق التخاير اعتبر الخيار معدوما وصار العقد لازما ما لم يكن ثمة سبب آخر يقتضى بقاءه غير لازم ، كخيار الشرط ، أو يقتضى انتقاله من اللزوم إلى الجواز كخيار العيب ونحوه [١] .

المبحث الأول
التفـرق

ينتهي خيار المجلس بالتفرق ، وهو سبب متفق عليه بين الشافعية والحنابلة والامامية [٢]. ودليل اعتباره مُنهياً حديث المتبايعين المثبت للخيار ، فقد استهل الحديث – على وجازته – بذكر قيام الخيار وولادته ، وأردف ببيان انتهائه وزواله ، بأن جعل التفرق غاية للخيار ونهاية له « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » أى إلى أن يتفرقا فينتهي الخيار حينئذ .

---

(١) المغنى ٣/٥١٨ .

(٢) المجموع ٩/١٨٠ والمغنى ٣/٥٠٧ والروضة شرح اللمعة ١/ ٣٢٢ وتذكرة الفقهاء ١/٥١٧ ونهاية المحتاج ٤/٨ ومغنى المحتاج ٢/ ٤٥ والمكاسب ٢٢٢ .

حـد التفـرق :

التفرّق من الأمور التى ربط الشارع مفهومها بالعرف ، وقد سبق الكلام عن جلاء هذه النقطة التى اتخذها بعض منكري هذا الخيار مانعا من الأخذ به فقالوا : ليس للتفرق حد معلوم. وقد كشف الغموضَ عن هذه الحقيقة الامام الخطابى فى عبارته السابق ذكرها، وتواردت على ذلك المعنى عبارات فقهاء المذاهب ، قال ابن قدامة «المرجع فى التفرق إلى عرف الناس وعادتهم فيما يعدونه عرفا [١] » ونحوه عبارة النووي: « الرجوع فى التفرق إلى العادة ، فماعده الناس تفرقا فهو تفرق ملزم للعقد ، ومالا فلا » [٢] ، وقول الحلّي : « وحيث علق الشارع الحكم عليه – أى التفرق – ولم يبينه دل على حوالته على عرف الناس [٣] ».

فالشرع لم يبين صراحة كيف يكون التفرق ، وليس له حد لغة ، فيرجع فيه إلى العرف ، ويحمل على ما تعاهده الناس [٤] كما هو الحال فى أمور أخرى كالقبض والحرز ونحوهما .

وبالرغم من إحالة معنى التفرق إلى عرف الناس وعادتهم ، فقد اتفق الفقهاء القائلون بخيار المجلس على تفسير التفرق بأنه بالأبدان ، فمادام معا فى مجلس العقد فهما على خيارهما مهما طال مكثهما [٥] . يدل على ذلك رواية البيهقى : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا من مكانهما » [٦] أى من مكانهما الواحد فيصير لهما مكانان . قال ابن حزم : هو أن يتفرقا بأبدانهما من المكان الذى تعاقدا فيه البيع ، وقال الأوزاعى : أن يغيب كل واحد منهما عن صاحبه حتى لا يراه [٧] .

---

(١) المغنى ٤٨٤/٤ ويقول المجد بن تيمية : هو ما يعده الناس فراقا (المحرر ٢٦١/١)

(٢) المجموع ١٩٢/٩ ونحوه عبارة الحافظ ابن حجر التى ذكرها الشوكانى فى نيل الاوطار ٢١١/٥ .

(٣) تذكرة الفقهاء ٥١٧/١ .

(٤) مغنى المحتاج ٤٥/٢ .

(٥) المجموع ١٨٠/٩

(٦) نهاية المحتاج ٨/٤ والحديث فى سنن البيهقى ٢٦٩/٥ .

(٧) المحلى ٣٥١/٨م١٤١٧ .

وإن تتبع روايات الحديث والآثار ، وخاصة أثر ابن عمر فى العمل بخيار المجلس يوضح الغرض من لفظ (التفرق) بأنه تغيير حالة التعاقد من القعود إلى القيام « قام ليجب له البيع » أو من القيام إلى المشى « مشى هنيهة ثم رجع » فهو إذا : الانصراف عن حالة التعاقد بمفارقة صاحبه . .

ولا يكفي لحصول التفرق مجرد مفارقة مجلس العقد ، بل لابد من افتراق العاقدين عن بعضهما ، وذلك بأن يتجافى كل منهما عن صاحبه ، أو ينتقل أحدهما عن مكان العقد ولو بقي فيه الآخر (١) ، لأن تلك المفارقة من أحدهما للمجلس مع عدم متابعة العاقد الآخر له ولحاقه به يتحقق بها زوال المجلس الواحد الذى كان يضمهما معا ، فلم يعد مجلس العقد ، وهو دليل على رغبتهما فى انهاء الخيار والعزم على ابرام العقد ليغدو لازما . ولولا ذلك لظل الأول فى مجلس العقد ملازما لصاحبه ، أو لتبعه الآخر ولم يدع وحدة المجلس تنفصم ، لأن المجلس هو المجال للمذاكرة فى العقد المبدوء به (٢) .

والتفرق عبارة عن تصرف مادى لا يحتاج إلى نية من القائم به ولا إلى علم بأثره على العقد ، فلو تفرقا دون قصد أو علم بالأثر المترتب عليه لزم العقد ، لأن الدليل الشرعى علق الخيار على مطلق التفرق وقد وجد (٣) . هذا ما صرح به الحنابلة ، وكذلك الشافعية اذ نصوا على أنه لو فارق أحدهما صاحبه ناسيا أو جاهلا سقط الخيار (٤) .

من تطبيقات التفرق :

ذكر الفقهاء صورا واضحة للتفرق حيث يأوى أحد العاقدين إلى مكان والآخر إلى غيره ، وسيأتى بيانها ، أما لو كانا فى مكان واحد ،

---

(١) المجموع ١٨٨/٩ ومغنى المحتاج ٢/ ٤٥ وفيه الاشارة إلى استثناء بحكم التعذر وهو ما لو باع الأب لابنه الصغير أو اشترى منه فان مفارقة الأب للمجلس تسقط الخيار لأنه شخص واحد أقيم مقام اثنين.

(٢) حكى الرويانى عن العنبرى أنه قال : ينقطع بمفارقة مجلسها وإن كانا معا (المجموع ٩/ ١٨٨) .

(٣) المغنى ٥٠٦/٣ .

(٤) مغنى المحتاج ٢ ٤٥ ونهاية المحتاج ٨/٤ .

كالسوق القائم على صورة ساحة للتبايع ، أو الصحراء ، أو الطريق (وألحقوا بذلك الدار المتفاحشة السعة) فكيف يحصل التفرق ؟

السوق ، ونحوه : يكون التفرق بمجرد تولية أحدهما ظهره للآخر والمشي قليلا ولو لم يبعد عن سماع خطاب صاحبه ، والمراد بالمشي القليل ما تكون مسافته قدر ما بين الصفين فى الصلاة (أى ثلاثة أذرع شرعية) وهذا على الصحيح من مذهب الشافعية ، وزاد الاصطخرى منهم شريطة أن يبعد عن صاحبه بحيث لو كلمه على العادة من غير رفع صوت لم يسمع كلامه . وهناك وجه أن مجرد تولية الظهر تكفي ، وهذا الوجه بالرغم من نقله عن ظاهر نص الشافعى هو مؤول بهذا المراد . والمذهب كما قال النووى : أن يحد التفرق بتولية الظهر والمشي قليلا [1] . وقد ضبطه الامامية بأنه أقل انتقال ولو خطوة. وفى بعض نصوصهم أن يكون الفارق بين العاقدين مقدار ما بين الصفين . أما الحنابلة فلهم فى حده ما يشبه الآراء التى للشافعية ، بل مثلها ، وقد ظهر من صنيع بعض الكتب اشتراط أن يبتعد عنه بحيث لا يسمع كلامه ، لكن ذكر البهوتى أنه لا يعتبر ذلك على ما قطع به ابن عقيل وقدمه فى المغنى والشرح والمبدع وصححه فى شرح المنتهى [2] .

هذه هى الصورة المجردة للتفرق ، وهى تجرى فى السوق أو الصحراء والأماكن غير المحصورة . وقد ذكر الفقهاء أهم التطبيقات العملية للتفرق بحسب أماكن العقد الأخرى كالدار والسفينة :

فالدار : إذا كانت صغيرة فالتفرق يحصل بخروج أحدهما منها أو صعوده السطح . أما الكبيرة فيكفي لحصوله الخروج إلى صحنها أو من الصحن إلى بيت أو صُفّة (المسطبة العالية) أو من بيت إلى آخر . وهذا الحكم فيه من الغرابة ما لا يخفى فالتفرقة بين الدار صغرا وكبرا هى فى عدد الغرف والمرافق .

---

(١) المجموع ١٩٢/٩ مغنى المحتاج ٤٥/٢ نهاية المحتاج ١٠/٤

(٢) تذكرة الفقهاء ٥١٧/١ والمغنى ٤٨٤/٣ م ٢٧٥٤ كشاف القناع ٢٠١/٣ .

والسفينة : إذا كانت صغيرة ، وهى التى تنجر بجره ولو مع غيره عادة فالتفرق هو الخروج منها إلى اليابسة . أما الكبيرة فبصعود أحدهما إلى أعلاها (الطبقة الفوقانية) ونزول الآخر إلى أسفلها [١] .

التفرق فى التعاقد بالكتابة :

من المقرر صحة التعاقد بالكتابة (بشروطها) ومنها : أن يتم القبول من المكتوب إليه حال الاطلاع ، ليقترن القبول بالايجاب بقدر الامكان . فإذا قبل فله الخيار ما دام فى مجلس قبوله . أما الكاتب فيثبت له الخيار ممتدا إلى أن ينقطع خيار صاحبه ومن الواضح أن هذا الخيار بعضه خيار سابق للعقد وهو خيار الرجوع عن الايجاب قبل قبول الآخر ، وبعضه خيار مجلس ، فلو رجع الكاتب عن إيجابه وعلم أن رجوعه كان قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه صح رجوعه ولم يستمر البيع . (وقد ذكروا أنه إن كتب بذلك لحاضر صح على المعتمد) [٢] .

ثم رأيت تصريحهم بأنه قبل بلوغ الخبر للمكتوب إليه لا عبرة بمفارقة الكاتب مجلسه ، لأنه إلى الآن لم يحصل العقد ، ولا خيار الاّ بعد العقد فلا يعتبر التفرق الاّ بعده ، فإذا بلغه الخبر اعتبر فى حقه مجلس بلوغ الخبر ، وفى حق الكاتب يمتد خياره إلى مفارقة المجلس الذى يكون فيه عند وصول الخبر للمكتوب إليه ، حتى إذا فارقه بطل خيارهما [٣] .

---

(١) المجموع ١٨٠/٩ المغنى ٥٠٦/٣ مغنى المحتاج ٤٥/٢ نهاية المحتاج ١٠/٤ تذكرة الفقهاء ٥١٧/١ .

(٢) مغنى المحتاج ٥/٢ ونهاية المحتاج ٣٨٠/٣ .

(٣) حاشية حاشية الجمل على شرح المنهج (١٠٧٣) ملخصا فيه من الرملى والشبراملسى وابن قاسم . . ونهاية المحتاج بحاشية الشبراملسى ٨/٤ .

التفرق والتعاقد بالتنادى عن بعد :

بعد أن تعرضنا للتعاقد بالكتابة – أرى أن أشير إلى صورة ذكرها بعض الفقهاء وهى فى زمانهم تعد من المسائل النادرة ، لكنها اليوم أساس لما يسرته المدنية الحديثة من وسائل الانتقال التى يخاطب فيها المرء صاحبه فيسمعه من فوره وليس أحدهما بالقرب من الآخر (بل لا يراه أصلا) تلك الصورة : ما لو تناديا بالبيع عن بعد ، فقد صرح الشافعية بأنه يثبت لهما خيار المجلس ، ويمتد ما لم يفارق أحدهما مكانه ، فان فارقه ووصل إلى موضع لو كان الآخر معه بمجلس العقد عدّ تفارقا بطل خيارهما جميعا (ولم يقبل قول ابن الرفعة بأن هذا إذا لم يكن فى مفارقته مكانه يقصد جهة الآخر) [١] .

وقد يخال أن هناك مانعا جوهريا من تطبيق هذه المسألة على التعاقد بالهاتف وهو أن فى التعاقد بالتنادى يرى أحدهما مغادرة الآخر لمكانه فيعلم بقاء المجلس أو زواله ليفسخ قبل زواله إن شاء ، وذلك متعذر علمه الآن فى التعاقد بالهاتف ونحوه كاللاسلكى .

لكنه فى الحقيقة ليس بمانع من ثبوت الحكم ، بل هو مانع حسى لفقدان العلم ، يرجع فيه إلى حصول العلم بالخبر واثبات ذلك فان ادعى المتعاقد القابل أنه فسخ العقد بمقتضى خيار المجلس ، وذلك قبل أن يغادر مكان قبوله العقد اعتبر فسخه . ونظير ذلك من مسألة الكتابة ففيها ان رجع الموجب عن العقد قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه صح رجوعه ولم يستمر البيع [٢] .

التفرق بالاكراه ، ونحوه :

أما حصول التفرق بالاكراه ، بأن حمل أحد العاقدين فأخرج من المجلس مكرها بغير حق [٣] ، فلا ينقطع به الخيار اتفاقا بين مثبتي

---

(١) معنى المحتاج ٤٥/٢ حاشية الجمل على شرح المنهج ١٠٧/٣ المجموع ٩/ ١٨١ تذكرة الفقهاء ١ ٥١٧ .

(٢) معنى المحتاج ٥/٢ .

(٣) احترازاً من الاكراه بحق كأن يعقد فى محل مغصوب ثم يخرجه المالك منه فينقطع خياره.حاشية الجمل على شرح المنهج ١٠٧/٣ .

خيارالمجلس [1] لأنه لم يفعل شيئا . ومثله اكراهه على الخروج – دون حمل – وذلك لأن الاكراه على الفعل كلا فعل .

ولا يقال بأنه لو أكرهه ولم يسد فمه عن النطق أمكنه الفسخ ، لأنه بالاكراه على المفارقة حرمه من امتداد الخيار . وسكوته عن الفسخ لا يقطع الخيار .

هذا عن المكره أما صاحبه فإن لم يخرج معه انقطع خياره ، الاّ ان منع من الخروج معه .

ولم يسوّ بين الناسى والجاهل وبين المكره – كما يجرى فى أبواب كثيرة – لنسبة الأولين إلى التقصير ، بخلاف المكره .

ثم ان فارقه الاكراه وكان فى مجلسه فله الخيار فيه حتى يفارقه ، وإن كان مارا فحتى يفارق مكانه الذى زال عنه الاكراه فيه .

وأبدى ابن قدامة احتمال بطلان خيار المكره ، لوجود غايته وهو التفرق ومحل هذا الاحتمال إذا كان المكره قادرا على الكلام – لتمكنه من الفسخ وكفه عنه – وقال القاضى لا ينقطع ، لأنه علق على التفرق فلم يثبت مع الاكراه ويبقى له الخيار فى المجلس الذى يزول عنه الاكراه فيه حتى يفارقه .

أما خيار غير المكره فينقطع إن لم يتبعه . ومن صور الاكراه ما لو رأيا سبعا أو ظالما خشياه فهربا [2] .

صور أخرى نادرة : كإقامة حائل بين المتعاقدين بإرخاء ستر أو إقامة حاجز أو جدار كما مثلوا ، فذلك لا يعتبر تفرقا . وظاهر كلامهم أنه لا فرق بين أن يقيما هذا الحائل أو يقام بأمرهما على ما صححوه وإن جزم الغزالى وآخرون

---

(١) مغنى المحتاج ٤٥/٢ نهاية المحتاج ٩/٤ المجموع ٩/ ١٨١ ط ١ الروضة البهية ٣٢٢٨ والمكاسب ٢٢٣ .

(٢) المغنى ٤٨٤/٣ م ٢٧٥٤ والقواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ٤٣ .

بحصول التفرق ، وحجة من لم يعتبره أن المجلس باق وأن هذا تفرق بالمكان لا بالأبدان .

ومن تلك الصور : الهرب ، فإن هرب أحدهما مختارا ، لا بسبب سبع أو نار ، ولم يتبعه الآخر يظل خياره بعد أن بطل خيار الهارب لأنه فارقه مختارا ، حتى لو لم يتمكن العاقد الآخر من اتباع الهارب لتمكنه من الفسخ بالقول . ولابد فى اللحاق من حصوله قبل انتهائه إلى مسافة يحصل بمثلها المفارقة عادة ، وضبطه القاضى بفوق ما بين الصفين (١) .

صور بديلة للتفرق :

قد يتأخر التفرق عن المجلس – فى الصور النادرة – فهل يتعين حصوله ، أم يغني عنه أمور أخرى مشابهة . للشافعية المثبتين للخيار فى المراد بالتفرق ثلاثة أوجه ، أحدها (وهو الصحيح الذى قطع به جمهورهم) أن المراد التفرق بأبدانهما وأنهما على خيارها ان أقاما بالمجلس مدة متطاولة أو قاما وتماشيا مراحل .

أما الوجهان الآخران فلا يخلوان من وجاهة وإن حكم الامام النووى بعدما صحّح الوجه السابق بضعف أحدهما واقتصر فى الآخر على حكايته ، أحدهما : انه هو التفرق بالأبدان لكنه محدود بأن لا يزيد عن ثلاثة أيام ، لئلا يزيد عن خيار الشرط ، حكاه القاضى حسين وامام الحرمين والغزالى وآخرون من الخراسانيين . والثانى : انهما لو لم يتفرقا لكنهما شرعا فى أمر آخر وأعرضا عما يتعلق بالعقد فطال الفصل انقطع الخيار ولو لم يتفرقا حكاه الرافعى (٢) .

---

(١) المجموع ١٨٠/٩ المغنى ٥٠٥/٣ – ٥٠٦ مغنى المحتاج ٤٥/٢ نهاية المحتاج ٩٤/٤ – ١٠ حاشية الجمل على شرح المنهج ١٠٧/٣ .

(٢) المجموع شرح المهذب ١٩٢/٩ ونحوه للامامية . الروضة البهية ٣٢٢/١ .

هذا ، وإن التعويل على العرف فى تحقيق التفرق يدع المجال مفتوحا لتخفيف ما يحاذَر من أن يكون خيار المجلس عثرة فى سبيل استقرار التعامل ، كما أوهموا وزعموا ، كما أن العرف بما فيه من مرونة وتعدد إلى عرف عام وخاص هو الحكَم فى صور حديثة للتبايع بالتعاطى دون إيجاب وقبول صريحين ، فالمرجع فى ذلك وأمثاله إلى العرف والعادة .

المبحث الثانى

التخـــاير

المطلب الأول

اختيار لزوم العقــد

من أسباب انتهاء خيار المجلس اختيار لزوم العقد ، على أن يحصل ذلك من العاقدين كليهما ، فيسقط به الخيار ، وسبيله أن يقولا : اخترنا لزوم العقد ، أو أمضيناه ، أو ألزمناه ، أو أجزناه . واجتماعها على اختيار اللزوم يسمى : التخاير [1] ، وله نظير الأثر الذى يحدث بالتفرق .

وغالبا ما يكون اختيار اللزوم بطلب أحدهما ، وهذا ما يسمى التخيير ، وقد أشار إليه الحديث بعبارة : « أو يخير أحدهما صاحبه » وهو أن يقول له : اختر لزوم العقد ، أو اختر العقد . وإن هذا الطلب يعتبر اختيارا من الطالب للعقد وسقوطا لخياره هو ، أما الآخر فان أجاب صاحبه إلى اختيار امضاء العقد صار العقد لازما ، أما إن اختار فسخ العقد ، فإنه ينفسخ وهو من أسباب الإنهاء أيضا وسيأتى [2] .

---

(١) ومن صور اختيار اللزوم أن يقولا : تخايرنا العقد لما سيأتى بعد أسطر من أن طلب التخاير من أحدهما مسقط لخياره فحصوله منهما كذلك . .

(٢) المجموع /١٩٠ شرح المنهج ١٠٦/٣ المغنى ٣/ ٤٨٦ م ٢٧٥٧ الروضة شرح اللمعة ١/ ٣٢٢ تذكرة الفقهاء ٥١٧/١ .

الخلاف فى التخاير :

إذا كان انتهاء خيار المجلس بالتفرق موضع اتفاق لدى القائلين بذلك الخيار (وهم الشافعية والحنابلة والامامية) فإن فى انتهائه بالسبب الثانى (التخاير) خلافا فهو مُنْهٍ للخيار فى مذهب الشافعية ، وعلى رواية عن أحمد اختارها الشريف بن أبى موسى ووصفها ابن قدامة بأنها أصح .

أما الرواية الأخرى عن أحمد فإنها تقصر اسقاط الخيار على التفرق فلا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده ، وهو ظاهر كلام الخرقى فى مختصره [(١)] .

مستند الرواية المقتصرة على التفرق أن أكثر الروايات عن النبى صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » من غير تقييد ولا تخصيص ، وهى رواية حَكيم بن حزام وأبى برزة وأكثر الروايات عن ابن عمر .

أما مستند الرواية المصحَّحة التى تجعل المسقط أحد الأمرين : التفرق أو التخاير فهو الروايات الأخرى المتضمنة لذينك الأمرين ، كرواية ابن عمر المرفوعة : « فإن خيّر أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » أى لزم وفى رواية أخرى متفق عليها « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا الاّ أن يكون البيع كان عن خيار فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع » قال ابن قدامة : والأخذ بالزيادة أولى .

وما ذهب إليه الشافعية واختاره ابن أبى موسى من الروايات عن أحمد ظاهر الرجحان ، للحديث المصرح بمد أجل المجلس إلى التفرق أو التخاير ، فلا يضير ورود رواية مختصرة كما هو مقرر فى الأصول من أن الأصل

---

(١) ومن هنا ذكر ابن حزم أن الامام أحمد « لا يعرف التخيير ، ولا يعرف الاّ التفرق بالأبدان فقط » (المحلى ٨/ ٣٥٥) والقصور فى تصوير المذاهب فى غير كتبها الأصلية مألوف . . ولذا كان لابد من استقاء كل مذهب من مراجعه كلما كان ذلك ميسورا .

تقديم المثبت على النافى [١] . ثم أن النظر والمعقول يؤيد ذلك من حيث إن الخيار حق للمتعاقدين وبعد أن ثبت لهما فمن حقهما اسقاطه .

هذا ، ويؤخذ على بعض الكاتبين عن خيار المجلس من المحدَثين اغفالهم هذا السبب من أسباب اسقاط الخيار ، وتعرضهم للتفرق فقط فقد ذكر الشيخ مصطفى الزرقا خيار المجلس والخلاف فيه وذكر أنه بحسب المذاهب المثبتة له لا يكتسب العقد صفة اللزوم الاّ بعد أن ينقضى مجلس العقد بتفرق العاقدين بأبدانهما . . ثم اقتصر على التفرق مع تأويل من أوله . . [٢] ونحو ذلك وقع للدكتور وحيد الدين سوار حيث أهمل فكرة التخاير فى خيار المجلس الذى تعرض له ، بل لم يذكر شيئا عن اسقاط الخيار قبل العقد [٣] . والتخاير شأنه أهم من التفرق لأن التفرق يتمحض للامضاء ، أما التخاير فهو للإمضاء والفسخ .

أحكام التخاير :

هذا ، وان التخاير إما أن يحصل صراحة بنحو عبارة : اخترنا امضاء العقد ، وإما أن يقع ضمنا ، ومثاله : أن يتبايع العاقدان العوضين (اللذين جرى عليهما العقد الأول) بعد قبضهما فى المجلس ، فان ذلك متضمن للرضا بلزوم العقد الأول . بل يكفي تصرف أحد العاقدين مع الآخر بالعوض الذى له أى لا يشترط تبايع العوضين بل هو مجرد تصوير ويكفي بيع أحدهما لسقوط الخيار وإمضاء العقد [٤] قال الشبراملسى : وينبغى أن يكون من كنايات التخاير : أحببت العقد ، أو كرهته [٥] .

---

(١) المغنى م ٢٧٥٧ ج ٤/٤٨٦

(٢) المدخل الفقهى العام ف/ ١٩٦ .

(٣) التعبير عن الارادة ف/ ٦١٨ .

(٤) نهاية المحتاج ٤/٨ بحاشية الشبراملسى المجموع ٩/١٩١ .

(٥) حاشية الشبراملسى على النهاية ٤/٨ .

وانتهاء خيار المجلس بالتخاير انما هو إذا وقع اختيار الفسخ أو الامضاء من العاقدين ، أو قال كل منهما للآخر اختر ، فيؤدى ذلك لسقوط الخيار . أما إذا قال أحدهما للآخر اختر فسكت ولم يجب بشيء فما حكم خيار الساكت ؟ وما حكم خيار القائل ؟

خيار الساكت بعد التخيير : ذهب الشافعية إلى أن الساكت لا ينقطع خياره كما سبق [١] أما الحنابلة فقد اختلفوا فيمن طلب منه الاختيار فلم يجب وظل ساكتا ، على قولين : (أحدهما) بقاء خياره ، كما كان . (والثانى) سقوط خياره . واستدل للقول الثانى بقياس السقوط على الثبوت ، فكما أن ثبوت خيار المجلس لا يتجزأ فلا يثبت لأحدهما دون الآخر ، فكذلك سقوطه ، ليتساويا فى انتهاء العقد كما تساويا في قيامه ونشوئه [٢] . والراجح القول الأول وهو بقاء خيار الساكت ، لأنه لم يوجد منه ما يبطل خياره فلم يحصل الرضا انما سكت عن الفسخ أو الإمضاء . . فإسقاط خياره يتنافى مع حقه فى الخيار والاختيار بنفسه . أما القياس على ثبوت الخيار بدون تجزؤ فقياس مع الفارق لأن ثبوته كان من الشارع أما اسقاطه فهو فعل من أحدهما فلا يُلزم بفعله صاحبه . . لكن لهذا القياس – على ما فيه – قياس يعارضه وهو قياس خيار المجلس على خيار الشرط حيث يتبعض سقوطه اتفاقا [٣] .

خيار المنفرد بالتخيير : أما خيار الذى بادر إلى تخيير صاحبه فلم يجبه هذا بشيء ففيه عند الشافعية والحنابلة رأيان :

الأول : سقوط خياره – وهو الأصح – بدلالة تعليق الحديث مصير خيار العاقد على صدور التخيير منه ، ولأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره .

---

(١) المهذب والمجموع ١٨٥/٩ و ١٩١/٩ .

(٢) للشافعية نحو هذا الخلاف فيما لو (اختار) أحدهما امضاء العقد وسكت الآخر . وهذه المسألة غير المذكورة فوق،فتلك فيما لو (خيّر) صاحبه . . (المجموع ٩/ ١٩١)

(٣) المغنى ٣/ ٤٨٦ منتهى الارادات ٣٥٧/١ المقنع ٣٤/٢ .

الرأى الثانى : لا يسقط خياره ، لأنه خيّر صاحبه فلم يختر فلم يؤثر فيه لأن اقدامه على التخيير كان بقصد الاجتماع على رأي واحد لهما فلما لم يحصل بقى له خياره ، واستدل له أيضا بالقياس على جعل الخيار للزوجة فإذا لم تختر شيئا لا يُبطل التخيير حق الرجل فى الطلاق بعد ذلك ، وفى هذا القياس انه قياس مع الفارق لأن جعل الخيار للزوجة تمليك لها أمرا لم تكن تملكه فإذا لم تقبل سقط ويرجع الحق للزوج كما كان له.أما هنا فجعل أحدهما الخيار لصاحبه اسقاط لأن صاحبه يملك الخيار أصالة . . ولا شك أن ظاهر الحديث يؤيد السقوط [١] .

المطلب الثانى

اختيار فسخ العقد

سواء خصل الفسخ للعقد منهما جميعا ، أو من أحدهما ، فإن العقد ينفسخ بصدور الفسخ من أحدهما ولو تمسك الآخر بإجازة العقد ، ذلك أن الفسخ مقدم على الإجازة حين اختلاف رغبة المتعاقدين ، لأن اثبات الخيار انما قصد به التمكن من الفسخ دون الإجازة لأصالتها . والفسخ – كما ذكر النووي – مقصود الخيار [٢] .

وفسخ العقد مسقط للخيار تبعا لأن سقوطه كان لسقوط العقد أصلا ، فيسقط الخيار أيضا لابتنائه عليه وحسب القاعدة الشرعية « إذا بطل الشىء بطل ما فى ضمنه » [٣] ، ولا فرق بين حصول الفسخ مباشرة ، أو عقب تخيير أحدهما الآخر ، فالأثر للفسخ لأنه هو مقصود الخيار [٤] .

---

(١) المجموع ١٨٥/٩ المغنى ٤٨٦/٣ الفروع ٨٣/٤ مغنى المحتاج ٤٥/٢ . نهاية المحتاج ٨/٤ .

(٢) مغنى المحتاج ٤٤/٢ المجموع ١٩١/٩ .

(٣) من القواعد الكلية التى صدرت بها المجلة المادة /٥٢ .

(٤) المجموع ١٩١/٩ .

وقد تعرض بعض الفقهاء للمسألة التالية : اسقاط الخيار بعبارة الابطال له مباشرة ، لا عن طريق العبارات السابقة التى تدور على اختيار العقد أو إجازته أو إلزامه . فها هنا يقول العاقدان اللذان يريدان امضاء العقد ، أو أحدُهما : أبطلنا الخيار ، أو أفسدناه . وللشافعية فى هذه المسألة وجهان :

أحدهما : لا يبطل الخيار لأن الابطال يشعر بمنافاة الصحة ومنافاة الشرع ، وليس كالاجازة ، فإنها تَصرُّف فى الخيار . وهذا الوجه ضعيف جدا على ما قال إمام الحرمين .

الوجه الثانى : يبطل الخيار ، وهو الأصح [١] .

ولا أثر لهذا الخلاف عند الحنابلة فقد ذكر صاحب المغنى عبارة « اسقطت خيارى » فى عداد ما يلزم به العقد [٢] .

وهذه المسألة من خلال الوجه الأول (الضعيف) تذكرنا ببحث للحنفية يتعلق بإسقاط الخيار بالقول فى خيار الرؤية ، لأن الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين . . . وانما يثبت شرعا لحكمة فيه فكان ثابتا حقا لله تعالى فهم لا يأخذون بذلك الاسقاط إذا انصب على الخيار فإذا ورد بطريق الضرورة بأن يتصرف فى حق نفسه مقصودا ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع فيسقط حق الشرع فى ضمن التصرف [٣] .

---

(١) المجموع ١٩١/٩ .

(٢) المغنى ٤٨٦/٣ م ٢٧٥٧ .

(٣) البدائع ٢٩٧/٥ .

المبحث الثالث
التصرف

يفترق الشافعية عن الحنابلة والامامية فى هذا المسقط ، ففي حين يأباه الأولون ويصرحون بأن التصرف فى المبيع أو الثمن لا يسقط خيار المجلس ، مخالفا فى ذلك خيار الشرط ، يذهب الحنابلة إلى التفصيل ففي عدة صور يسقط بالتصرف من المشترى – أو البائع – خيارهما جميعا أو خيار أحدهما ، ويعدّه الإمامية من مسقطات الخيار [1] .

وقبل الافاضة فى تفصيل الحنابلة يجدر الإشارة إلى أن أكثر فقهاء الشافعية اكتفوا بالبيان دلالة دون التصريح بعدم الأثر للتصرف فى إسقاط خيار المجلس ، حيث نصوا فى باب خيار الشرط على اسقاطه إياه ، وسكتوا فى خيار المجلس عن اعتباره مسقطا ، لكن بعضهم عزز هذا البيان بالتصريح ، ففي شرح القاضى زكريا لمختصره « المنهج » عندما اقتصر على المسقطين : التخاير والتفرق ، أضاف محشيه سليمان الجمل قائلا من طريق الحاشية على نهاية المحتاج [2] عن شرح العباب أنه يفهم من حصره لقاطع الخيار فيهما أن ركوب المشترى الدابة المبيعة لا يقطع ، وهو أحد وجهين لاحتمال أن يكون لاختبارها ، والثانى يقطع لتصرفه . والذى يتجه ترجيحه الأول ، ولا نسلم أن مثل هذا التصرف يقطعه ، ويقاس بالمذكور ما فى معناه . ثم أكد هذا بأنه من الفروق بين خيار المجلس وخيار الشرط [3] .

أما الحنابلة فلديهم صور يسقط بها خيار المتعاقدين أهمها : تصرف المشترى بإذن البائع له فى ذلك التصرف فإنه مسقط لخيارهما ، والتصرف

---

(١) مغنى المحتاج ٤٥/٢ المغنى ٤٩١/٣ المكاسب ٢٢٤ .

(٢) نهاية المحتاج بحاشية الشبراملسى ٧/٤ – ٨ .

(٣) شرح المنهج بحاشية الجمل ١٠٦/٣ وقد استوجه بعدئذ قيدا على الاطلاق فى اسقاط التصرف لخيار الشرط ١١٩/٣ .

صحيح ، وذلك لدلالته على تراضيهما بإمضائه فليس أقل أثرا من التخاير . أما تصرف البائع بإذن المشترى فالراجح انه مماثل فى الحكم وقد ذكر فى المغنى أن فيه احتمالين وأن الوجه فى احتمال عدم اسقاطه للخيار انه لما كان لا يحتاج إلى الاذن فتصرفه كما لو كان بغير إذن [1] .

ومن الصور المسقطة لخيارهما تصرف المشترى بالعتق فإنه ينفذ لقوته ويبطل به خيارهما لأن المشترى تصرف بما يقتضي اللزوم وهو العتق،وملك البائع الفسخ لا يمنع نفوذ العتق (كما لو باع عبداً بجاريةٍ معيبة فان مشتري العبد ينفذ عتقه مع أن للبائع الفسخ . .) وليس مثله فى ذلك البائع لأنه إعتاق من غير مالك – لانتقال الملك إلى المشترى [2] .

أما تصرّف أحدهما بتصرفٍ ناقلٍ ، كالبيع أو الهبة أو الوقف ، أو بتصرفٍ شاغلٍ كالاجارة أو الرهن . . فلا يسقط الخيار ، لأن البائع تصرف فى غير ملكه – بناء على أن الملك فى مدة الخيار للمشترى عندهم – وأما المشترى فإنه يسقط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع وقد تعلق حق البائع به تعلقا يمنع جواز التصرف فمنع صحته أيضا .

وهناك صور يسقط بها خيار أحدهما ويبقى خيار الآخر فإذا كان قد سقط خيار البائع – باختياره اللزوم – وبقي خيار المشترى وحده وتصرف فى المبيع فإنه يبطل خياره (وينفذ تصرفه) لأنه لاحق لغيره فيه ، وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه (كالمعيب)، ومثله تصرف البائع – والخيار له وحده – فى الثمن [3] .

بل ان بعض التصرفات بالرغم من عدم حلها ولا نفوذها يسقط بها خيار فاعلها لكنها ليست مسقطة للخيار كليا فلا داعى للإطالة بها [4] .

---

(١) المغنى ٣ ٤٩١ م ٢٧٦٤ وكشاف القناع ٢٠٩/٣ وقد سوى بين صورتى البائع والمشترى فى الاذن .
(٢) المغنى ٤٩١/٣ – ٤٩٢ وكشاف القناع ٢٠٩/٣ .
(٣) المغنى ٤٩٠/٣ م ٢٧٦٣ وكشاف القناع ٢٠٨/٣ .
(٤) كشاف القناع ٢٠٩/٣ .

وذهب الإمامية إلى اعتبار التصرف مسقطا لخيار المجلس وهو مصرّح به من جمع من فقهائهم بل ربما يدعى اطباقهم عليه ، لأنه دليل الرضا بلزوم العقد [١] ، ولما كان مطلق التصرف يشمل الاستخدام ولو بشيء خفيف فقد تعرض الأنصارى إلى مواقف مختلفة للكتب فى ذلك وأسهب فى البيان منتهيا إلى أن المراد ما فيه دلالة التصرف – لو خلي وطبعه – على الالتزام فيكون اجازة فعلية فى مقابل الاجازة القولية [٢] .

المبحث الرابع
اسقاط الخيار ابتداء

المراد هنا بإسقاط الخيار التنازل عنه قبل استعماله ، وذلك قبل التعاقد أو فى بداية العقد قبل إبرامه ، وتسمى هذه المسألة : التبايع بشرط نفي الخيار . وعلى هذا الاصطلاح لا يعتبر منه التخلي عن الخيار بعد التعاقد إثر استحقاق العاقدين له وسريان المجلس ، فالتخلي عنه حينئذ بالتخاير يستحق اسم (الانتهاء) للخيار ، لا الاسقاط له .

أما حكم هذا الاسقاط فقد اختلف فيه القائلون بخيار المجلس ، فكان لهم فيه الآراء التالية :

الأول : صحة الاسقاط ، وهو مذهب الحنابلة ووجه ليس بالمصحح عند الشافعية وهو مذهب الامامية أيضا إذا اشترط سقوطه فى العقد .

الثانى : امتناع الاسقاط وبطلان البيع أيضا ، وهو الأصح عند الشافعية ، وهو المنصوص فى البويطى وكتب المذهب القديم .

---

(١) المكاسب ٢٢٤ مع الاحالة فى التفصيل إلى خيارى الحيوان ص ٢٢٥ – ٢٢٦ والشرط .

(٢) المكاسب ص ٢٢٧ مع استشكاله أن معظم النصوص التى استدل بها فقهاؤهم واردة فى أمثلة ليست دالة فى نفسها عرفا على الرضا . . . تذكرة الفقهاء ٥١٧/١ « من المشترى سقوط خيار الرد ، ومن البائع فسخ للعقد » .

الثالث : امتناع الاسقاط وصحة البيع ، وهو وجه عند الشافعية غير مصحح [1] .

وسواء فى اسقاط الخيار فى ابتداء العقد أن يسقطاه كلاهما أو ينفرد أحدهما بإسقاط خياره أو يشترطا سقوط خيار أحدهما بمفرده ، ففي إسقاط خياريهما يلزم العقد ، وفى إسقاط خيار أحدهما يبقى خيار الآخر [2] . وبالنسبة للامامية قد ذكر صاحب رياض المسائل فى شرح المختصر النافع أن ظاهر العبارة وغيرها اختصاص الشرط المسقط بالمذكور فى متن العقد ، ولعله لاطلاق النص المثبت للخيار والنصوص المستفيضة الواردة فى النكاح الدالة على هدم الشروط قبله الشاملة للمقام عموما وفحوى . الاّ إن أوقعاه على الشرط المتقدم [3] .

الأدلـة :

احتج من صحح اسقاط الخيار قبل العقد بحديث الخيار نفسه ، حيث جاء فى احدى رواياته : « فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » وفي رواية : « الا أن يكون البيع كان عن خيار ، فإن كان البيع عن خيار وجب البيع » . وهذه الروايات وإن كان المراد بها التخاير فى المجلس فهى عامة تشمله وتشمل التخاير فى ابتداء العقد ، فهما فى الحكم شيء واحد . ولأن ما أثر فى الخيار فى المجلس أثر فيه مقارنا للعقد فكما يكون للعاقد التنازل عن الخيار بعد استحقاقه له ذلك قبيل التعاقد . وتشبيهه بخيار الشرط فى جواز اخلاء العقد عنه ، فكذلك خيار المجلس .

---

(١) المغنى ٣/٤٨٦ م ٢٧٥٧ كشاف القناع ٣/٢٠٠ الشرح الكبير على المقنع ٤/ ٦٤ المهذب والمجموع ٩/ ١٨٥ و ١٩٠ مغنى المحتاج ٢/٤٤ ونهاية المحتاج ٤/ ٨ والروضة شرح اللمعة ١/ ٣٢٢ وتذكرة الفقهاء ١/ ٥١٧ « اشتراط سقوطه فى متن العقد ، عنهما أو عن أحدهما ، بحسب الشرط » والمكاسب ٢٢

(٢) كشاف القناع ٣/٢٠٠

(٣) رياض المسائل شرح المختصر النافع (طبعة حجرية غير مرقمة الصفحات) كتاب التجارة ، البحث فى الخيارات .

ومما استدل به أصحاب الشافعى الذين نحوا فى هذه المسألة منحى الحنابلة أن الخيار جعل رفقا بالمتعاقدين ، فجاز لهما تركه . ولأن الخيار غرر فجاز اسقاطه .

أما دليل المنع – وهو الأصح فى مذهب الشافعى – فهو أنه اسقاط للحق قبل ثبوت سببه ، إذ هو خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز إسقاطه قبل تمامه ، وله نظير هو (خيار) الشفعة فإن حق الشفيع فى ذلك لا يمكن اسقاطه قبل ثبوته .

واحتج بعضهم بأن اسقاط خيار المجلس ينافى مقتضى البيع لثبوته شرعا مصحوبا بالخيار فأشبه ما لو شرط أن لا يسلم المبيع .

أما دليل إسقاط الشرط فقط وصحة البيع فهو ما فى الشرط من مخالفة مقتضى العقد لكنه لما كان لا يؤدى إلى جهالة فى أحد العوضين يبطل وحده ولا يبطل العقد [١] .

المناقشة والترجيح :

ناقش الحنابلة حجة الشافعية القائلة : انه اسقاط للخيار قبل سببه بأن سبب الخيار هو البيع المطلق ، وقد حصل ، فأما البيع مع التخاير (وهى حالة متفق على صحة الاسقاط عقبها) فليست بسبب للاسقاط .

ثم لو ثبت أن البيع مع التخاير سبب للخيار : فها هنا المانع من الخيار مقارن وهو الاسقاط – فلم يثبت حكم الخيار .

كما ناقشوا التنظير بالشفعة بأن الشفيع أجنبى عن العقد فلم يصح اشتراط اسقاط خياره فى العقد ، بخلاف هذه المسألة [٢] .

---

(١) المغنى ٤٨٥/٣ – ٤٨٦ م ٢٧٥٧ والمجموع شرح المهذب ١٨٥/٩ مغنى المحتاج ٤٤/٢ الشرح الكبير على المقنع ٦٤/٤ – ٦٥ كشاف القناع ٢/ ٤٤٥ .

(٢) المغنى ٤٨٦٣ م ٢٧٥٧ ونهاية المحتاج ٨/٤ .

ومن خلال هذا النقاش ، مضافا إليه كثرة الحالات التى سوغ فيها الشارع التنازل للمرء عن حقه قبل ثبوته على أن يكون سبب الثبوت أو مبدؤه قد ظهر،لا مناص من ترجيح ما ذهب إليه الحنابلة . لا سيما أن اسقاط المتعاقدين للخيار فى بداية التعاقد يتيح للمتعاقدين ما ينشدانه من الاستقرار بعد أن دل هذا الاسقاط على حرصهما عليه .

الاّ أنه لابد من الوقوف عند استدلال الحنابلة بالقياس على خيار الشرط فى جواز اخلاء العقد عنه ، وان الأمر كذلك فى خيار المجلس [1] ، فيؤخذ عليه أنه قياس مع الفارق لأن خيار المجلس ثبت بحكم الشرع ولو لم يرد العاقدان ، ولا حاجة لذكره فى العقد ، أما خيار الشرط فلابد لثبوته من ذكر المتعاقدين له فإن سكتا عنه خلا العقد عنه فبهذا الفارق لا يلزم من خلو العقد عنه خلوه عن خيار المجلس فبقى للمستدلين على انقطاع الخيار بالتنازل عنه ما سبق من حججهم الأخرى القوية [2] وتعزيزاً لهذه الحجج اذكر ما قاله العز ابن عبد السلام فى القواعد : « لو شرط أحد المتعاقدين سقوط خيار المجلس سقط على المختار ، لأن سقوطه موافق لمقاصد العقد » [3] .

الفرع السابع

انتقال الخيار

تمهيد :

لم تتفق كلمة مثبتى خيار المجلس على انتقاله بموت صاحبه إلى ورثته ، وهناك حالة أخرى لانتقال الخيار وهى طروء الجنون ونحوه من الأعراض القاطعة عن ممارسة الاختيار . .

فإذا جرينا مع القائلين بانتقال الخيار بالموت فيها ، وإلاّ فإن (الموت) سيكون فى عداد مسقطات الخيار أو أسباب انتهائه . .

(١) المغنى ٣/٤٨٦ .
(٢) ينظر للتوسع مطالب أولى النهى ٣/١٠٠ والفروع ٤/٨٣ .
(٣) قواعد الاحكام ٢/١٢٦ .

المبحث الأول

المــوت

اختلفت الآراء فى أثر الموت على خيار المجلس على الصورة التالية :

الأول – انتقال الخيار بالموت إلى الوارث ، وهو الأصح من مذهب الشافعية ، والمطْبَق عليه تقريبا عند الامامية .

الثانى – سقوط الخيار بالموت ، وهو مذهب الحنابلة .

الثالث – التفصيل بين وقوع المطالبة من الميت به فى وصيته وعدم تلك المطالبة (نظير خيار الشرط) وهو قول للحنابلة (١) .

الأدلة والمناقشة :

أولاً : استدل القائلون بانتقال الخيار – بالموت – إلى الورثة بظاهر القرآن والأحاديث فى انتقال ما تركه الميت من حق إلى الورثة ، ومن ذلك حديث :«من ترك مالا أو حقا فلورثته » وخيار المجلس خيار ثابت لفسخ البيع فلم يبطل بالموت كخيار الشرط .

كما استدلوا بقياس خيار المجلس على خيار العيب فكلاهما حق لازم ثابت فى البيع بحكم الشرع ولا خلاف فى انتقال خيار العيب بالموت ، فكذلك خيار المجلس . ويقاس أيضا على خيار الشرط وهم يقولون بأنه مما يورث .

ثانيا : أما دلائل ابطال الخيار بموت صاحبه فهو أنه ارادة ومشيئة ، تتصل بشخص العاقد وانتقال ذلك إلى الوارث لا يتصور ، وبعبارة أخرى لبعض الامامية : هذا الخيار حكم وليس حقا ، فهو كحكم اجازة عقد الفضولى ، وحكم جواز الرجوع فى الهبة .والحكم الشرعى مما لا يورث .

---

(١) مغنى المحتاج ٤٥/٢ المجموع ٢٠٦/٩ الفروع ٩١/٤ . المغنى ٤٨٦/٣ . المكاسب ٢٩٠ .

وكذلك النظر إلى الموت على أنه تفرق بل هو « أعظم الفرقتين » كما يقول الحنابلة [١].

والراجح ما ذهب إليه الشافعية ، لأن خيار المجلس بمنزلة خيار الشرط من حيث الغاية (التروى) وهو أقوى منه لثبوته بحكم الشارع دون حاجة لذكره فى العقد . وهذا أوثق من قياسه على خيار العيب ، لأن ثمة فارقا بينهما هو أن سبب خيارالعيب فوات جزء من المبيع والوارث يستحق الموروث كاملا شاملا للجزء الفائت ، فإذا لم يسلم له كان له فسخ العقد لأجله أو التنازل عنه وإمضاء العقد . ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء إلى ارث خيار العيب .

أما تفصيل الاحكام على المذهب القائل بانتقال الخيار للوارث فهو :
ان كان الوارث فى المجلس ثبت له مع العاقد الآخر الخيار وامتد إلى أن يتفرقا أو يتخايرا . وان كان غائبا ووصله الخبر امتد إلى أن يفارق مجلس الخبر . وإذا كان الوارث جماعة لم ينقطع الخيار حتى يفارقوا المجلس (مجلس العقد إن كانوا مع المورث ، أو مجلس الخبر بالنسبة لكل منهم إن كانوا غائبين) .

ينفسخ العقد بفسخ بعضهم فى نصيبه أو فى الجميع ولو أجاز الباقون ، فلا يتبعض الفسخ ، درءا للضرر عن الحىّ وذلك نظير ما لو أجاز المورث فى البعض وفسخ فى البعض [٢].

وإن كان الوارث طفلا أو مجنونا أو محجورا عليه بسفه نصب الحاكم من يفعل عنه ما فيه المصلحة من فسخ وإجازة .

---

(١) نهاية المحتاج ٤/ ٨ ومغنى المحتاج ٢/ ٤٦ والمجموع ٩/ ٢٢٢ والمكاسب ٢٩٠ المغنى ٣/ ٤٨٦ الفروع ٤/ ٩١ وفيه : وقيل : كخيار الشرط ، أى لا يورث إلاّ بمطالبة الميت فى وصيته .
(٢) مغنى المحتاج ٤٥/٢ - ٤٦ المجموع ٢٠٦/٩ .

هذا عن العاقد الميت ، أما العاقد الباقى حيّا فيثبت له الخيار مادام فى مجلس العقد سواء كان الوارث الغائب واحدا أم متعددا (١) .

المبحث الثانى

الجنون ونحوه

ان أصيب أحد العاقدين فى مجلس العقد بالجنون ، أو أغمي عليه ، انتقل الخيار – فى الأصح – إلى الولي ، من حاكم أو غيره : كالموكل عند موت الوكيل ، وإلى السيد عند موت المكاتب أو العبد المأذون له . وقد ارتأى بعض الفقهاء ان ذلك حيث يئس من إفاقته أو طالت مدته ، لكن الراجح عدم الانتظار مطلقا (٢) .

وكذلك ان خرس أحدهما ولم تفهم أشارته ولا كتابةَ له نصب الحاكم نائبا عنه وإن أمكنت الاجازة منه بالتفرق . وليس هو محجورا عليه وإنما الحاكم نابَ عنه فيما تعذر منه بالقول ، أما إذا فهمت إشارته أو كان له كتابة فهو على خياره .

وهناك قول آخر بسقوط الخيار فى الجنون والاغماء لأن مفارقة العقل ليست أولى من مفارقة المكان (٣) .

هذا عند الشافعية ، أما الحنابلة فإن الجنون لا يبطل الخيار ، فإذا جن أحد المتعاقدين فهو على خياره إذا أفاق أما فى مطبق الجنون والاغماء فيقوم أبوه أو وصيه أو الحاكم مقامه (٤) .

---

(١) مغنى المحتاج ٤٦٢ وحاشية الجمل على شرح المنهج ١٠٩/٣ .

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج ١٠٨/٣ .

(٣) مغنى المحتاج ٤٦/٢ .

(٤) مطالب أولى النهى ٨٦/٣ منتهى الارادات ٣٥٧/١ منار السبيل ٣١٦/١ المغنى ٤٨٦/٣ القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام البعلى ص ٣٦ .

الفـرع الثامن
آثار خيـار المجلس

تمهيـد :

لخيار المجلس آثار مختلفة فى العقد ، لكن أحدها يعتبر الأثر الأصلى للخيار ، فى حين تكون الأخرى آثارا فرعية . هذا الأثر الأصلى هو المقصود من الخيار ومن كل الخيارات ، ولذا يمكن أن يسمى (الأثر العام) ، وهو منع لزوم العقد ، ويترتب على امتناع لزوم العقد آثار متفرعة عنه تتصل بانتقال الملك وغيره .

المبحث الأول
الأثر الأصـلى

منع لزوم العقد :

ومفاد ذلك اعتبار العقد غير لازم إلى أن يحصل التفرق عن مجلس العقد أو اختيار امضاء العقد . فيكون لكل من العاقدين فسخه قبل ذلك .

وهذا الأثر متفق عليه عند القائلين بخيار المجلس ، ذلك أن مقصود الخيار الفسخ [١] ، ولا يتحقق هذا المقصود الاّ بتقاصر العقد عن مرتبة القوة والاستعصاء عن الفسخ وهذا التقاصر سبيله أن يظل العقد غير لازم إلى أن ينتهي الخيار .

المبحث الثانى
(الآثار الفرعيـة)
انتقال الملك

هذا الأثر مختلف فيه بين الفقهاء القائلين بخيار المجلس وخلافهم فيه ثلاثى : فقدان الأثر – أثره على النفاذ – أثره على الصحة .

---
(١) المجموع ١٩١/٩ .

الرأى الأول : فقدان الأثر :

وهذا ما ذهب إليه الحنابلة – فى ظاهر المذهب – (وهو نص الشافعى فى زكاة الفطر) [1] وعلى هذا ينتقل الملك إلى المشترى مع وجود خيار المجلس ولا أثر له على نفاذ العقد بمعنى أنه لا يتوقف ، كما لا أثر له على صحة العقد فهو ينتج أحكامه كلها – مع بقائه قابلا للفسخ خلال المجلس إلى حصول ما ينهي الخيار من تفرق أو تخاير . . .الخ .

الرأي الثانى – تقييد النفاذ :

وهو مذهب الشافعية – فى الأظهر عندهم من ثلاثة أقوال – ان للخيار أثرا فى نفاذ أحكام العقد ، فهو يعتبر موقوفا مراعى من حيث انتقال الملك ، فلا يحكم بأنه مملوك للمشترى ولا للبائع ، بل ينتظر فإن تم العقد حكم بأنه كان ملكا للمشترى بنفس العقد وإلا فقد بان أنه ملك البائع لم يزل عن ملكه . وهكذا يكون الثمن موقوفا [2] .

الرأى الثالث – تقييد الصحة :

وهذا ما ذهب إليه الظاهرية ، فالعقد المشتمل على خيار المجلس – وكل عقد كذلك حتى ينتهى الخيار – غير منتج لآثاره ، وإن جرى التقابض ، إلى أن يحصل التفرق أو التخاير [3] .

قال ابن حزم : « وكل متبايعين – صرفا أو غيره – فلا يصح البيع بينهما ابدا ، وان تقابضا السلعة والثمن ، ما لم يتفرقا بأبدانهما من المكان الذى تعاقدا فيه البيع ، ولكل واحد منهما ابطال ذلك العقد ، أحب الآخر أم

---

(١) المغنى ٣/٤٨٨ م ٢٧٦٠ الفروع ٤/٨٦ . كشاف القناع ٢/٥٠ المجموع ٩/٢٣٠ مغنى المحتاج ٢/٤٤ .

(٢) المجموع ٩/ ٢٣٠ نهاية المحتاج ٤/ ٢٠ .

(٣) المحلى ٨/ ٤٠٥ م ١٤١٧ .

كره ، ولو بقيا كذلك دهرهما » ثم ذكر أنه بغير حصول التفرق أو التخاير واختيار إمضاء العقد لا ينتج العقد آثاره وأولها انتقال الملك فقال : « ومتى ما لم يتفرقا بأبدانهما ولا خير أحدهما الآخر فالمبيع باق على ملك البائع كما كان والثمن باق على ملك المشترى كما كان ، ينفذ فى كل واحد منهما حكم الذى هو على ملكه ، لا حكم الآخَر » .

الأدلة ومناقشتها والترجيح :

استدل أصحاب الرأى الأول (القائل بانتقال الملك) بأدلة كثيرة أهمها الاستدلال بالسنة ، وهى قوله عليه الصلاة واسلام : « من باع عبدا وله مال ، فماله للبائع ، الاّ أن يشترطه المبتاع » [1] وحديث « من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرته للبائع الاّ أن يشترط المبتاع » [2] وجه الدلالة فيهما انه جعل المالَ(المصاحبَ للعبد) والثمرةَ للمبتاع بمجرد اشتراطه ، واستدلوا من وجوه المعقول بأن البيع مع وجود خيار المجلس بيع صحيح فينتقل الملك فى إثْره ، ولأن البيع تمليك فيثبت به الملك وثبوت الخيار فيه لا ينافيه [3] .

أما أصحاب الرأي الثانى (القائل بأن الملك موقوف مراعى إلى أن ينتهي الخيار فيعرف كيف كان عند العقد) وهو ظاهر مذهب الشافعية فإن الخيار (كخيار الشرط مثلا) إذا ثبت للبائع وحده لم ينتقل الملك فى العوضين ، وإذا ثبت للمشترى وحده انتقل الملك فيهما ، فإذا ثبت الخيار للعاقدين (وذلك ما يحصل فى خيار المجلس ، بحكم الشرع) فإن مقتضى ثبوته للبائع عدم انتقال الملك ، ومقتضى ثبوته للمشترى انتقاله فلا بد من التوقف والمراعاة (الترقب) إلى أن ينتهى الخيار بالتفرق أو التخاير أو غيرهما [4] .

---

(١) أخرجه مسلم .

(٢) أخرجه البخارى ومسلم .

(٣) المغنى ٤٨٨/٣ وكشاف القناع ٢/ ٥١ .

(٤) نهاية المحتاج بحاشية الشبراملسى ٤/ ٢٠ ومغنى المحتاج ٢/ ٤٤ والمجموع ٩/ ٢٢٨ .

واستدل الظاهرية أصحاب (الرأي الثالث القائل بعدم انتقال الملك) ببعض روايات الحديث المثبت للخيار ، حيث تضمنت عبارة النفي للعقد ما لم يحصل انتهاء الخيار «كل بيعين ، لا بيع بينهما ، حتى يتفرقا أو يكون بيع خيار » فقد نفى النبى عليه الصلاة والسلام البيع قبل التفرق ولا يعقل أن يتجه النفي لحقيقة البيع لثبوته الحسّى اتفاقا فيتجه إلى حكم البيع وهو انتقال الملك [1] .

وبمناقشة الأدلة يتبين ما فى الرأى الأول من غض الطرف عن قيد أوقعه خيار المجلس على العقد ، فلا مساواة بين عقد مطلق وآخر مقيد ولو استوى الأمر لما كانت الحاجة داعية إلى اثبات الخيار لها ، فيحمل ما أورده من السنة على أنه بعد استكمال العقد قوته بالتفرق أو التخاير.

ويتجه إلى أصحاب الرأى الثانى (التوقف والمراعاة) أنه ما دام فى حال ثبوت الخيار للبائع وحده لا ينتقل الملك فإن ثبوته للمشترى أيضا يزيد الحاجة إلى عدم الانتقال لأن الرضا غير تام من الجهتين.

ولهذا لا مُعدّى من تأييد القول بعدم انتقال الملك – كما ذهب ابن حزم لقوة استدلاله [2] .

أثر خيار المجلس على العقد بخيار شرط :

لا أثر لخيار المجلس على خيار الشرط ، فإن مدة خيار الشرط تحسب من حين العقد الواقع فيه الشرط . هذا إذا كان خيار الشرط قد اشترط فى العقد ، أما أن اشترط فى المجلس فإن المدة تحسب من حين الشرط [3] .

---

(١) المحلى ٨/٤١٢ .

(٢) المغنى ٣/٤٨٦ – ٤٢٠ .

(٣) نهاية المحتاج ٤/١٩ .

الفــرع التاسع

خيار المجلس فى القانون

وعند القانونيين

لم تعترف معظم القوانين الوضعية بخيار المجلس ، فالبيع إذا كان مطلقا غير مقترن بشرط وهو عقد بات ليس لأحد العاقدين التحلل من عقدته الاّ بأحد عيوب الرضا المعتبرة فى القانون .

فني أقدم قانون مدنى (عربى) — القانون المدنى الأهلى نجد فيه نص المادة / ٢٤٥ / على أنه إذا لم يذكر فى عقد البيع شرط له ولا ميعاد لدفع الثمن فيعتبر البيع باتا بلا شرط والثمن حالا . . . وعلى ذلك جرت القوانين المعدّلة من للمدنى الأهلى أو الناهجة على منهجه ، فى البلاد العربية [١] .

ولعل مردّ ذلك أن القانون المدنى الأهلى (الأول) كان ملحوظا فيه المراعاة ، فى المسائل الموافقة للشريعة أو المستمدة منها ، للمذهب الحنفي المعمول به فى مصر وعدد غيرها من البلاد الاسلامية ، ثم عزز ذلك عند وضع القوانين المدنية الحديثة (المصرى ، وما استمد منه) بمعرفة السنهورى ، وهو يتجافى عن خيار المجلس ويرى أنه يزعزع قوة العقد الملزمة [٢] .

لكن القانون المدنى الايرانى ذهب (متأثرا بفقه الامامية المنتشر فى إيران) إلى اقرار خيار المجلس ، واعتبار العقد غير لازم إلى أن يسقط ذلك الخيار [٣] .

وهناك نظرة قانونية (بحتة) رأيت إلحاقها هنا لأنه المكان المناسب لها ، لأن قائلها لم يراع فيها ما يحدو أصحاب المذاهب فى اجتهاداتهم من

---

(١) نلمح ذلك فى المادة التالية « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين » المادة / ٩٢ من القانون المدنى المصرى والسورى .

(٢) مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ٣٧/٢ .

(٣) القانون المدنى الايرانى نقلا عن « التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى » للدكتور وحيد الدين سوار .

تتبع النصوص والاستمداد منه وجعل الرأي والنظر تابعا لها ، وأنهم لا يلتزمون القول بما يقضى به النظر الشخصي والرأى المجرد الآّ بما تقتضيه القواعد والأصول المستمدة من المصادر الشرعية .

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهورى [١] : ويستخلص من استعراض المذاهب المختلفة أن الشافعي يرى أن يكون القبول فورا ، فهو يثبت لذلك خيار المجلس حتى يتمكن المتعاقدان من التدبر طيلة المجلس ، فما فاتهما بالفورية يعوضانه بخيار المجلس ، أما أبو حنيفة فيرى جواز تراخي القبول إلى نهاية المجلس وبهذا يتسع الوقت للمتعاقدين في التدبر ، وما فاتهما بانعدام خيار المجلس يعوضانه بتراخي القبول إذ يجوز للموجب الرجوع في الايجاب ما دام المجلس قائما ولم يصدر قبول . . . وأما مالك فيرى هو أيضا تراخي القبول إلى نهاية المجلس حتى يتدبر القابل ولكن لا يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه لأنه قبل أن يصدر منه الايجاب يكون قد تدبر ومتى صدر القبول لزم العقد من الجانبين ، ولا يثبت خيار المجلس.وأما أحمد فيجمع بين التراخي في القبول وخيار المجلس فيعطى لكل من المتعاقدين فرصة للتدبر . . .» هذا ، ولا يحتاج إلى أكثر من التوطئة السابقة المضادة لفكرته ، لا سيا أن في مذهب أحمد ما ينقضها ، إذ لا داعيَ لإدخال الوهن على العقد - على ما يقرر السنهورى نفسه في شأن إثبات خيار المجلس [٢] - مع وجود فرصة التدبر بجواز التراخي في القبول . . وهكذا يتخبط من ينظر للفقه الشرعى بنفس المنظار الذى ينظر فيه إلى القوانين البشرية .

---

(١) مصادر الحق ٢٠/٢ .

(٢) مصادر الحق ٢ ٣٧ - ٣٩ ولم يكتف بذلك بل أقدم على تأويل حديث خيار المجلس بأنه لتحديد وقت انقطاع خياري الرجوع والقبول ، وهو تأويل انفرد به قبله الطحاوى فى مختصره (ص ٧٥) .

الفصل الثاني

خيار الرجوع

الفصل الثاني
خيار الرجوع

نبذة عن خيار الرجوع :

ينبثق خيار الرجوع عن الشطر الأول من العقد ، وهو وخيار القبول الآتي كلاهما نسيج وحده ، فالخيارات كلها ترتبط بعقد استكمل وجوده في حين هذان هما النواة التى يتكون منها العقد . ومع هذا فيهما روح الخيار بلون خاص ، فإذا كانت الخيارات تدور بين الفسخ والامضاء فهنا أيضا يدور الخيار بين الفسخ بمعنى اهدار الايجاب ، أو الامضاء بمعنى الاستمرار فى إيجاد العقد ومع هذا التجوّز فإن خيار الرجوع ليس بحاجة إلى كثير بيان لذا اقتصرت على إظهار أهم جوانبه .

الايجاب – وهو عند الحنفية : ما يصدر من أحد العاقدين أولا – غير ملزم ، فإذا أوجب أحدهما العقد بائعا كان أو مشتريا فله أن يرجع قبل قبول الآخر عن إيجابه وذلك متفق عليه فى المذاهب [1] الاّ مذهب مالك فهو يرى أن الايجاب بعد صدوره عن الموجب ملزم فلا يجوز له الرجوع عنه . ولو رجع لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول [2] . وذلك متسق مع ذهاب مالك إلى أن إرادة العاقد المفردة لها إلزام ، بل ان الوعد بالعقد له شأنه فأولى بذلك الالتزام والتعهد .

استدل الحنفية لمذهبهم – ومذهب الجمهور – بأن القول بخيار الرجوع ليس فيه ابطال لحق الغير [3] ، كما أن الثابت بالايجاب هو حق

---

(١) فتح القدير ٧٨/٥ والفتاوى الهندية ٨/٣ والفتاوى الخانية ٢/ ١٣٠ والوجيز ١/ ١٣٩ والمقنع ٣٣/٢ والمحلى ٣٥١/٨ والمنتزع المختار ٣ ٤ بداية المجتهد ٢ ١٤١ .

(٢) الحطاب ٤ ٢٤٠ وبداية المجتهد ٢ ١٤١ .

(٣) الهداية ١٧/٣ .

التملك للعاقد الآخر ، وفى ازائه للموجب على محل العقد حق الملك وهو أقوى ولا يجوز تعطيل حق الملك بالتملك ، والاجماع على ذلك [١] . ويزيد ابن الهمام هذا الاستدلال قوة بأن الايجاب قد أثبت ولاية الأخذ وكان الثبوت من الموجب فله أن يرفع هذه الولاية ، كعزل الوكيل ممن وكله . .

انتهاء خيار الرجوع :

ينتهى خيار الرجوع بأحد أمرين :

١ – رجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول .

٢ – انفضاض مجلس العقد دون أن يصدر قبول .

هذا وإن موت أحد المتعاقدين ، أو فقده لأهليته يؤدى إلى سقوط الايجاب إذا حصل الموت قبل صدور القبول ، ولو قبل انفضاض المجلس .

خيار الرجوع فى القانون :

فصّل القانون المدنى ، فى البلاد العربية ، بين صدور الإيجاب مطلقا ، وبين صدوره مع تعيين ميعاد للقبول ، فإذا صدر دون التعيين فان للموجب أن يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا . . كما أنه يسقط خيار الرجوع بانفضاض مجلس العقد (المادة/٩٥ وبنودها ١ و ٢) .

غير أن موت الموجب لا يسقط إيجابه ، فلمن وجه إليه أن يفيد منه ما لم يتبين العكس من التعبير أو طبيعة التعامل ، هذا فى القانون المصرى (م/٩٢) أما فى القانون العراقى فقد أخذ بسقوط الايجاب بموت الموجب [٢] .

---

(١) فتح القدير ٨٢/٥ .

(٢) مصادر الحق ١٣/٢ .

الفصل الثالث

خيار القبول

الفصـــل الثالث

خيــار القبــول

نبذة عن خيار القبول :

القبول ، عند الحنفية ، ما يصدر آخرا من أحد العاقدين بعد صدور الايجاب،ومن التقاء القبول بالايجاب مطابقا له يكتمل العقد . فالقبول هو الشطر الآخر من العقد . وهو أيضا غير لازم بعد وقوع الإيجاب ، فمن وجه إليه إيجاب كان مطلق الارادة فى القبول أو الرفض .

وهذه المسألة لا تحتاج إلى استدلال لثبوتها بالبداهة ومع هذا يقول المرغينانى : لو لم يثبت له الخيار (أى خيار القبول) يلزمه حكم البيع من غير رضاه (١) . .

أمد هذا التاريخ ممتد إلى انفضاض المجلس فمادام المجلس قائما فله أن يقبل أو يدع ، ما لم يرجع الموجب عن إيجابه قبل انقضاء المجلس فهو اعدام للعقد المشروع فيه (٢) .

انتهاء خيار القبول :

ينتهى خيار القبول –كما رأينا – برجوع الموجب عن إيجابه أو بانقضاء المجلس ، وكذلك بموت أحد المتعاقدين . ذلك لأن موت الموجب يسقط إيجابه ، وأما موت الذى خوطب بالايجاب فلأن خيار القبول لا يورث (٣) .

---

(١) الهداية ١٧/٣ وفتح القدير ٨٢/٥ رد المحتار ٢٩/٤ الفتاوى الهندية ٧/٣ الوجيز ١٣٩/١ المقنع ٣٣/٢ الحطاب ٢٤٠/٤ شرح النيل ١١/٢ .

(٢) الفتاوى الهندية ٧/٣ والحطاب ٢٤٠/٤ .

(٣) رد المحتار ٢٩/٤ الفتاوى الهندية ٧/٣ .

وكذلك الحال فى فقد الأهلية . وقد خالف فى ذلك الاباضية فهم يرون انتقال خيار القبول بالموت وفقد الأهلية فلخليفته أن يقوم مقامه فى القبول [1] .

خيار القبول فى القانون :

أقر القانون المدنى ، المصرى وأخواه السورى والعراقى ، وغيرهما ، بخيار القبول دون التصريح بذلك ، ربما لعدم الحاجة ، فقد اكتفي بمقتضيات المادة / ٩٥ / وبنودها .

أما عدم انتقال خيار القبول إلى الورثة فهو كذلك حكم عام شامل معمول به فى القانون المدنى المصرى والسورى والعراقى ، (المادة /٩٢ من المصرى) [2] .

---

(١) شرح النيل ١١/٢

(٢) مصادر الحق ١٣/٢ .

الفصل الرابع

خيار الشرط

وفيه عشرة فروع

الأول : تسمية خيار الشرط وتعريفه لغة وشرعا

الثانى : مذاهب الفقهاء فى خيار الشرط وأدلتها وفروعها

الثالث : طبيعة الخيار وصيغته

الرابع : شرائط قيام الخيار

الخامس : مجال الخيار (ما يثبت فيه خيار الشرط)

السادس : صاحب الخيار

السابع : استعمال الخيار

الثامن : احكام الخيار (أو آثاره)

التاسع : زوال الخيار

العاشر : انتقال خيار الشرط

الفرع الأول

تسمية خيار الشرط وتعريفه لغة وشرعا

المبحث الأول

تسمية خيار الشرط

لخيار الشرط أسماء أخرى دعاه بها بعض المصنفين، منها :

أ – الخيار الشرطى (بالوصفية لا بالاضافة) والسبب فى هذه التسمية ظاهر ، والغرض من وصفه بالشرطىّ تمييزه عن الخيار (الحكمى) الذى يثبت بحكم الشرع دون الحاجة إلى اشتراط ، كخيار العيب . .

وهذه التسمية متداولة كثيرا عند المالكية [1] .

ب – خيار التروّى ، لأنه شرع للتروى وهو النظر والتفكر فى الأمر والتبصر فيه قبل ابرامه . وهذه التسمية يستعملها الشافعية أكثر من غيرهم [2] .

ج – بيع الخيار ، وهذا الاسم واقع على العقد الذى اقترن بخيار الشرط ، ويعبر به أصحاب المذاهب كلهم وبخاصة المالكية [3] .

د – ذكر بعض المحدثين إمكان تسميته (شرط الخيار) بدلا من (خيار الشرط) لأنه عقد اقترن بشرط الخيار [4] .

هـ – هذا وإن خيار الشرط أشهر الخيارات الارادية ، بل هو أشهر أنواع الخيار كافة ، ولذا قد يجتزأ فى تسميته بكلمة (الخيار) مجردة من أى

---

(١) حاشية الدسوقى ٣/٩١ .

(٢) نهاية المحتاج ٤/٣ .

(٣) بداية المجتهد ٢/١٧٤ .

(٤) خيار الشرط فى المذهب الحنفي ، شفيق أيوب ص١٥٢ .

وصف أو إضافة . وقد عرف انصراف لفظ (الخيار) بحال الاطلاق إلى خيار الشرط عند كل من الحنفية والمالكية ، نظرا إلى انكارهم خيار المجلس [1] ، أما عند الشافعية والحنابلة فلفظ (الخيار) يشمل كلا من خيارى المجلس والشرط لكن ينصرف إلى أحدهما بالقرائن [2] .

المبحث الثـانى

تعريف خيـار الشرط لغـة

لا بد لتعريف خيار الشرط – وكل مركب إضافى مثله – من تعريف كل من اللفظين المتضايفين ، ليتضح المعنى الدقيق للمركّب .

فالخيار فى اللغة : اسم مصدر من الاختيار ، ومعناه طلب خير الأمرين أو الأمور . أوكما قال بعض الفقهاء فى معرض بحثه لغويا : هو بمعنى المشيئة فى ترجيح أحد الطرفين الجائزين . وهما فى موضوعنا : امضاء العقد أو فسخه [3] .

أما (الشرط) – بسكون الراء – فمعناه اللغوى : العلامة ، قال ابن فارس الشين والراء والطاء أصل يدل على علم وعلامة [4] .

أما استعمال (الشرط) فى إلزام الشىء والتزامه ، وهو المناسب هنا ، فقد ورد عن الاصمعى ما يصحح اطلاق (الشرط) على هذا المعنى لغويا ، حيث قال : «أشراط الساعة علاماتها ، ومنه الاشتراط الذى يشترطه الناس بعضهم على بعض ، أى هى علامات يجعلونها بينهم» [5] .

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣ / ٩١ والحطاب على خليل ٤/ ٤٠٩ .

(٢) المغنى لابن قدامة ، بدلالة صنيعه فى المسائل المشتركة بين الخيارين ٤٨٧/٣ – ٤٩٣

(٣) لسان العرب مادة (خير) ، والمصباح أيضا ، ونهاية المحتاج للرملى ٤ /٣ والخطيب الشربينى على المنهاج ٤٣/٣ والمعاملات الشرعية للشيخ أحمد ابراهيم ١٠٦ .

(٤) معجم مقاييس اللغة ٢٦٠/٣ .

(٥) لسان العرب مادة (شرط) ومن هنا استعمل الجرجانى فى التعريفات لفظ الشرط (بالسكون) تعريفا لغويا لكل من اشراط الساعة وشروط الصلاة (التعريفات ص ٥٥)

ونقل الفتوحى من الحنابلة عن « المصباح » أن الشرط (بالسكون) مخفف من الشرط (بالفتح) وهو العلامة ، وأن جمعه شروط ، ويقال له شريطة وجمعها شرائط .أما الشرط (بالفتح) فجمعه أشراط [١] .

أما المعنى الشرعى للشرط فتتوقف معرفته على التمييز بين الاطلاقات الشرعية المختلفة للشرط ، وهى ثلاثة : الشرط الوضعى ، والتعليقى ، والتقييدى .

أما الاطلاق الأول (الشرط الوضعى) فهو أحد أقسام الحكم الوضعى (ويستعمله الأصوليون لما يقابل السبب والمانع فى أحكام الوضع المعروفة ، ويستعمله المتكلمون لما يحكم العقل بضرورته كشرط الحياة للعلم ، ويردده الفقهاء فى شرائط الأحكام) والشرط بهذا الاطلاق : ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ، لذاته . وقد اشتمل هذا التعريف للشرط الوضعى على قيود ثلاثة للاحتراز من المانع والسبب وحالة مقارنة الشرط وجود السبب أو المانع مما تفصيله فى كتب الأصول [٢] .

والاطلاق الثانى لغوى ، والمراد به صيغ التعليق ، ويستعمله الأصوليون فى مخصصات العموم ، والفقهاء فى مبحث تعليق البيع على الشرط وتعليق الطلاق ، فإن دخول الدار مثلا ليس شرطا لوقوع الطلاق شرعا ولا عقلا ، بل هو من الشروط التى وضعها أهل اللغة .

والاطلاق الثالث : جعل شىء قيدا فى شىء ، كشراء الشاة مثلا بشرط كونها حاملا . ورأى الفتوحى احتمال إعادة هذا الاطلاق إلى الاطلاقين السابقين [٣] .

---

(١) الكوكب المنير شرح مختصر التحرير فى أصول الفقه الحنبلى ص ١٤١ وليس فى المصباح للفيومى كون الشرط مخففا عن الشرط ، فلعله يشير إلى كتاب آخر بهذا الاسم .

(٢) الكوكب المنير للفتوحى ١٤١ .

(٣) الكوكب المنير ص ١٤٢ .

ومن الواضح أن الاطلاق الأخير هو المناسب فى المركب المشروح (خيار الشرط) فالشرط هنا التقييد ، لأن معنى الشرط فى كلمة (خيار الشرط) ثبت بسبب (التقييد من العاقد) تمييزا له عما ثبت بسبب آخر ، كالعيب أو فوات الوصف.

وإضافة لفظ (الخيار) إلى لفظ (الشرط) إضافة حقيقية ، وهى إضافة الشئ إلى سببه ، لأن سبب الخيار الشرط [1] وصورة هذه الاضافة هى أنها من إضافة الموصوف إلى الصفة ، فالأصل : الخيار المشروط ، بناء على أن (الشرط) مصدر بمعنى اسم المفعول [2] .

المبحث الثالث
تعريفه شرعا

أما تعريف (خيار الشرط) شرعا فهناك تعاريف متعددة بحسب المذاهب نستعرضها قبل استخلاص التعريف المختار . ذكر الشريف الجرجانى فى « التعريفات » التعريف التالى :

« أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل » [3] وسيتضح مما بعد أن هذا التعريف ليس حنفيا فقط بل هو مختص برأى أبى حنيفة وحده دون صاحبيه اللذين لم يقتصرا فى تسويغ خيار الشرط على مدة الثلاث ، بل صححاه فى كل مدة معلومة مهما طالت . ولذا عرّفه ابن نجيم تعريفا آخر لم يتقيد فيه برأى أبى حنيفة ، ولا يختلف كثيرا عن تعريف الجرجانى [4] .

وحين تعرض ابن عابدين لمسألة التلازم بين المتضايفين (خيار) و(شرط) تضمن كلامه عن ذلك ما يصلح تعريفا جيدا لخيار الشرط فيما

(١) فتح القدير ١١٠/٥ ورد المحتار ٤٧/٤ .

(٢) البحر الرائق وحاشية ابن عابدين عليه ٣/٦ .

(٣) التعريفات للشريف الجرجانى ، مادة (خيار الشرط) . ص ٤٦ .

(٤) رسالة التعريفات له ، المطبوعة بترتيب (٤١) ضمن رسائله كذيل للأشباه (طبع الآستانه) .

إذا أضيف قيد الاشتراط ، ونص كلامه : «ان خيار الشرط مركب اضافى صار علما فى اصطلاح الفقهاء على : ما يثبت (بالاشتراط) لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الامضاء والفسخ . . . » [1] . ومن محاسن هذا التعريف صلوحه عند من يأخذ بالتوقيت المحدّد أو المفوّض أو من يتسامح فى أمره ويتدخل فى حالات الاطلاق كما سنرى .

وقد عرّفه من المالكية (ابن عرفة) — بملاحظة الكلام عن (بيع الخيار) — بقوله : «بيع وُقِفَ بَتُّه أولاً على امضاء يتوقع» واحترز بعبارة وقف بتّه عن بيع البتّ ، وهو ما ليس فيه خيار . كما ذكروا أن قيد (أولاً) لاخراج خيار العيب ونحوه (خيارات النقيصة) لأن أمثال هذا الخيار لم تتوقف أولا ، بل آل أمرها إلى الخيار ، أى لأن التخيير فيها يثبت فيما بعد ، حين ظهور العيب [2] .

وقد عرفه من الحنابلة البهوتى بقوله : « هو أن يشترطا فى العقد أو بعده مدة معلومة » وبين أن المراد بما بعد العقد فى زمن خيار المجلس أو غيره لا بعد لزومه [3] ويبدو لى أن التعريف المختار يتمثل فى هذه العبارة : خيار الشرط هو حق يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين أو كليهما يخوّل مشترطه فسخ العقد فى مدة معلومة .

---

(١) رد المحتار ٤٧/٤ ، وعرفه الشيخ أحمد ابراهيم فى « المعاملات الشرعية » ص ١٠٦ بقوله« هو أن يشترط فى العقد أو بعده الخيار لأحد العاقدين أو كليهما فى فسخ العقد وامضائه » . وعرّفه آخرون بقولهم : أن يكون لأحد العاقدين (أو لكليهما أو لغيرهما) الحق فى امضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة إذا شرط ذلك فى العقد ، المدخل إلى الفقه الاسلامى ، مصطفى شلبى ص ٤٧١ والمعاملات الشرعية لأحمد ابو الفتح ٢١٤ .

(٢) حدود ابن عرفة ، شرح ابن سودة على تحفة ابن عاصم ٣٥/١ . وشرح الخرشى لمختصر خليل ١٩/٤

(٣) كشاف القناع ٢٠٢/٣ .

ماهيته ، وصورته البسيطة :

هذا وإن التعاريف المستوفية شرائطها العلمية التى أهمها الجمع لأفراد المعرف والمنع لأضداده والاحتراس من الدور . . واستيفاء شرائطها العرفية من وجازة اللفظ وتحاشى ذكر الاحكام . . . الخ . ان التعاريف المشار إليها كثيرا ما تخفق فى بيان ماهية الخيار وصورته العلمية ، تلك الصورة التى يتميز بها عن غيره بالنظرة الأولى لا بالتدقيق فى مقاطع التعريف جنسا وفصلا ونوعا .

لذا حسن أن يكتنف ذلك التعريف الفنّى بمثل هذا البيان : خيار الشرط هو التحفظ الذى يبديه أحد المتعاقدين أو كلاهما عند العقد بحيث يكون لصاحب الخيار الحقّ فى فسخ العقد أو اجازته خلال مدة معينة ، وفى خلال تلك المدة إذا فسخ العقد صراحة أو بما يعتبر فسخا ، أو سقط الخيار بمانع من موانع استمراره اعتبر العقد كأن لم يكن . وان أمضى العقد ، أو لم يستعمل حقه فى فسخه حتى مضت المدة ، أو وجد مسقط للخيار قبل مضيها زال حق الخيار وصار العقد باتّا لازما .

الفـرع الثـانى

مذاهب الفقهاء فى خيار الشرط وأدلتها ومناقشتها

المبحث الأول

مذاهب الفقهاء فى خيار الشرط

ذهب جمهور الفقهاء إلى الأخذ بخيار الشرط واعتباره مشروعا لا ينافى العقد ، وخالف فى ذلك ابن حزم خلافا صريحا ، واضطرب النقل فى مشروعيته عن سفيان الثورى وابن شبرمة ، فعدّهما ابن حزم مرة من القائلين بالخيار فى حق المشترى فقط أما إذا شرط الخيار للبائع أو لهما فلا يجوز . ومرة أخرى جعل سفيان وحده قائلا بمشروعية الخيار للمشترى . . وها هو

يقول : (١) وقال ابن شبرمة وسفيان الثورى : لا يجوز البيع إذا شرط فيه الخيار للبائع أو لهما. وقال سفيان : البيع فاسد بذلك ، فان شرط الخيار للمشترى عشرة أيام أو أكثر جاز . ويقول بعدئذ (٢) : وتفريق سفيان وابن شبرمة بين كون الخيار للبائع أو لهما فلم يجيزاه وبين أن يكون للمشترى وحده فأجازه سفيان لا معنى له . . ولا يخفى التنافر بين مفهوم النصين فالنص الأول يفيد اتفاقهما على جوازه للمشترى وحده ويفيد أيضا انفراد سفيان . ويظهر لى أن انفراد سفيان هو فى قضية المدة فيجوز لديه أن تزيد عن الثلاث على أن يكون للمشترى (٣) . كما أن له لونا آخر من الانفراد عن ابن شبرمة هو افساده البيع باشتراط الخيار لغير المشترى أما ابن شبرمة فلعله يصحح البيع ويهدر الخيار المجعول لغير المشترى . .

والظاهر أن النص الثانى سقط منه ذكر ابن شبرمة أو كان ابن حزم يريد التعرض لتفرقة ابن شبرمة بين المدة المحدودة بالثلاث والمطلقة ويندد بهذه الناحية أيضا – على عادته – فطوى الكلام ونشأ عن ذلك غرابة المعنى . .

أما ابن رشد فقد عدّ الثورى وابن شبرمة كابن حزم(٤) ، وقد رأينا كيف ناصبهما ابن حزم العداء لذهابهما إلى غير ما يختار . .

هذا ، وان اعتبار إمام ما قائلا بحكم يكفي فيه أن يذهب إلى أصل المشروعية (مثلا) ولو كان قد خصها بحالة دون أخرى ، فالثورى وابن شبرمة – على ما يتبادر – ممن أثبت خيار الشرط (ولو أنهما قصراه على المشترى) أو قيده ابن شبرمة بالثلاثة الأيام . والامام زفر أيضا من أهل

---

(١) المحلى ٣٧٣/٨ .

(٢) المحلى ٣٧٤/٨ .

(٣) يؤيد هذا ما جاء فى المجموع للنووى ٩/ ٢٢٥ « ابن شبرمة ممّن جوزه ثلاثة أيام » ولم يتعرض لقصره على المشترى ، ولعل ذلك لمورد الكلام فهو فى المدة لا المشروعية .

(٤) بداية المجتهد ١٧٤/٢ .

الاثبات له ولو أنه خصّه بالمتعاقدين ولم يصححه لغيرهما (١) – وهى مسألة اشتراط الخيار للأجنبى عن العقد – .

وسنرى عند مناقشة الاستدلال بالاجماع مزيدا من الايضاح لانفراد ابن حزم وتحقيق الأمر فيمن مال إلى رأيه أو ادعى ابن حزم أنه شريكه فى انكار خيار الشرط .

المبحث الثانى
أدلة الاثبات

تنحصر أدلة المثبتين فى السنة والاجماع والمعقول ، ولم ينتزع أحد لاثباته دليلا من الكتاب – فيما أعلم – . أما القياس فسيأتى البحث فى الاستدلال به عند ذكر المعقول . وسنولى الاهتمام الأكبر لأدلة الاثبات لأن نفاة خيار الشرط يرون أنه لا دليل عليه وأنه شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وسيكون فى مناقشة الأدلة مجال لاستيفاء حججهم كاملة .

الاستدلال بالسنة :

أولا – استدل مثبتو خيار الشرط بالحديث المعروف بحديث حبان بن منقذ وهو الصحابى الذى ورد الحديث فى شأنه ، وفى بعض الروايات أنه ورد فى شأن أبيه منقذ بن عمرو (٢) .

ولهذا الحديث روايات شتى تتفاوت اسنادا ودلالة ، وبعضها خالٍ من ذكر الخيار . كرواية الصحيحين عن ابن عمر ، قال : ذكر رجل لرسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنه يخدع فى البيوع ، فقال له رسول الله ﷺ :

---

(١) فتح القدير ٥/٥٠٠ .

(٢) وقع التصريح بأن الحديث فى شأن حبان فى عدة روايات ، وجزم به ابن الطلاع ، ولكن صحح النووى أن صاحب القصة هو منقذ بن عمرو (والدحبان) . وتردد الخطيب البغدادى وابن الجوزى فى تعيينه (التلخيص الحبير ٢/ ٢١ ونيل الأوطار ٥/ ٢٠٧) وحبّان بفتح الحاء . كما فى اللباب فى تهذيب الأنساب لابن الاثير ١/٢٧٣ وتبصير المنتبه بتحرير المشتبه لابن حجر العسقلانى . وفتح القدير ٥/١١١ .

« من بايعت فقل : لا خلابة » [1] . ورواية السنن الأربعة عن أنس أن رجلا كان في عقدته ضعف وكان يبايع ، وأن أهله أتوا رسول الله فقالوا : يا رسول الله احجر عليه ، فدعاه النبى فنهاه عن البيع فقال : يا رسول الله ، لا أصبر عن البيع ، فقال : إذا بايعت فقل : لا خلابة [2] . ولا يفيد ظاهر هذه الرواية أكثر من كونها نصيحة نبوية لذلك الرجل بأن يبادر عند التعاقد إلى تحذير من يعاملهم بالابتعاد عن خديعته والتغرير به . ولذا عوّل ابن الهمام على دليل الاجماع ، ثم ذكر حديث حبان من رواية الصحيحين والموطأ وقال : ليس فيه دليل على المقصود ، والعجب ممّن جعله هو الأصل فى جواز شرط الخيار وهو لا يمس المطلوب [3] .

أما الرواية المطولة المشتملة على ذكر الخيار فهى رواية أخرى (مرسلة) لابن ماجه ، ورواها (متصلة) : الدارَقُطنى ، والبيهقى فى سننه من طريق الحاكم ، وفى المعرفة من طريق الشافعى ، والبخارى فى تاريخَيْه الوسط والكبير ، وابن أبى شيبة فى المصنف والطبرانى فى الأوسط.وفى هذه الرواية تفصيل لسبب ورود الحديث ، مع التصريح بجعل الخيار لصاحب القصة ، وها هي بلفظ الدارَقُطنى : « . . . عن محمد بن اسحاق ، قال أخبرنا نافع ، أن عبد الله بن عمر حدثه أن رجلا من الأنصار كان بلسانه لوثة ، وكان لا يزال يغبن فى البيوع ، فأتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له ، فقال : إذا بعت فقل : لا خلابة ، مرتين .

قال محمد (أى ابن اسحاق) وحدثنى محمد بن يحيى بن حبّان

---

(١) صحيح البخارى ٨٥/٣ صحيح مسلم ١١/٥ .

(٢) موطنه فى السنن : سنن ابى داود ٢٥٣/٢ وسكت عليه ، والترمذى ١٦٢/١ وقال : حسن صحيح ، والنسائى ٢٢٢/٧ وابن ماجه ٧٨٨/٢ .

وقد روى الحديث بنحو هذه الرواية الخالية من ذكر الخيار : مالك فى الموطأ (ص ٤٢٥) وأحمد فى المسند ٨٠/٣ و ١٢٩ و ١٣٠ والدار قطنى فى سننه ٥٥/٣ والبيهقى فى سننه ٢٧٣/٥ ويراجع لرواياته نيل الأوطار ٢٠٦/٥ وكنز العمال ٣٣/٤ .

(٣) فتح القدير ١١١/٥ .

قال : هو جدى منقذ بن عمرو ، وكان رجلا قد أصابته آمّة فى رأسه ، فكَسَرت لسانَه ونازعته عقلَه ، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يُغبن فأتى رسول الله فذكر ذلك له ، فقال : « إذا بعت فقل لا خلابة ثم أنت فى كل سلعة تبتاعها بالخيار ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فارددها على صاحبها » . وقد كان عُمِّر عمرا طويلا ، عاش ثلاثين ومائة سنة ، وكان فى زمن عثمان بن عفان حين فشا الناس وكثروا يتبايع البيع فى السوق ويرجع به إلى أهله وقد غبن غبنا قبيحا ، فيلومونه ويقولون : لم تبتاع ؟ فيقول : أنا بالخيار إن رضيت أخذت وإن سخطت رددت قد كان رسول الله ﷺ جعلنى بالخيار ثلاثا ، فيرد السلعة على صاحبها من الغد وبعد الغد فيقول : والله لا أقبلها ، قد أخذت سلعتى وأعطيتنى دراهم ، قال يقول : ان رسول الله ﷺ قد جعلنى بالخيار ثلاثا . فكان يمر الرجل من أصحاب رسول الله فيقول للتاجر: ويحك انه قد صدق ، ان رسول الله قد كان جعله بالخيار ثلاثا (١) .

وقد صرح عدد من الحفاظ بأنه ليس للخيار المجعول للصحابى ذكر فى رواية الصحيحين والموطأ ومسند أحمد والسنن الثلاثة (أبى داود والترمذى وابن ماجه) – ما عـدا رواية ابن ماجه الأخرى المرسلة – وهذه الرواية المشتملة على اثبات الخيار لهذا الصحابى جاءت بأسانيد حَكم لها النووى بالحسن ، بالرغم من أن فى سندها محمدَ بن اسحاق صاحب السيرة ، وقد اختلف فى توثيقه ، قال النووى والزيلعى : الأكثرون وثقوه ، وإنما عابوا عليه التدليس ، وقد صرح هنا بالسماع حيث قال فى روايته : حدثنى نافع (٢) ثم تعرض النووى إلى كون الجزء الأخير من القصة مرسلا ،

---

(١) روايات الحديث المشتملة على ذكر الخيار هى فى سنن ابن ماجه ٧٨٨/٢ والدارقطنى ٣ ٥٥ – ٥٦ والبيهقى ٢٧٣/٥ من طريق الحاكم والتلخيص الحبير لابن حجر ٢١/٣ ونصب الراية ٦/٤ – ٨ وقد عزا بعضهم رواية الخيار لأبى داود ، وهو غلط كما نبه عليه فى نصب الراية ، وفتح القدير ٤٩٨/٥ .

(٢) نصب الراية ٦/٤ وذكر أن البخارى ممن وثقه ، ونقل فى فتح القدير ٤٩٨/٥ عن السهيلى فى الروض الأنف ان مالكا رجع عما قال فى ابن اسحاق . والمجموع للنووى ١٨٩/٩ – ١٩٠ .

لأن محمد بن يحيى بن حبان ليست له صحبة ، ولم يذكر من سمعها منه ، وذكر أيضا أن هذا المرسل يَحتج به الشافعي لاعتضاده بأمر آخر هو هنا الاجماع [١] .

ثانيا : احتج بعضهم بإحدى روايات حديث « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » التى فيها قوله عليه الصلاة والسلام : « الا بيع الخيار » وفى رواية : « الا صفقة خيار » فحمل هؤلاء ذلك الاستثناء على حالة اشتراط الخيار ، وقالوا فى معناه (منسجمين مع حملهم الحديث على التفرق بالأقوال) هو خيار كل من المتعاقدين فى الاقدام على العقد أو الاحجام عنه قبل التفرق فيمكن أن يمتد فيكون له الخيار أطول من تلك الفترة إذا كان البيع مشترطا فيه خيار [٢] .

ثالثا : احتج آخرون بأثر مروى عن عمر ، أن طلحة بنْ يزيد بن ركانة كلمه فى البيوع ، فقال : ما أجد لكم شيئا أوسع مِمّا جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ ، أنه كان ضرير البصر ، فجعل له عهدة ثلاثة أيام ، إن رضى أخذ ، وإن سخط ترك . وهذا الأثر قال عنه البيهقى : تفرد به ابن لهيعة ، ثم قال ابن حجر : فيه ابن لهيعة [٣] . ومن هنا قال ابن قدامة عن هذا الأثر : لا يثبت عندنا [٤] .

على أنه لو صح هذا الأثر لما كان فيه إلاّ بيان المقدار المفضل ، فى نظر عمر ، لمدة الخيار ، وهو عارٍ عن الدلالة للمشروعية بالسنة ، لاحتمال أن له دليلا آخر عند عمر كصحة الشروط مطلقا أو الاجماع . . الخ .

---

(١) ذكر النووى أن الشافعى يقول : « المرسل إذا اعتضد بمرسل آخر أو بمسند ، أو بقول بعض الصحابة ، أو بفتيا عوام أهل العلم احتج به » ، واكتفى ابن حجر فى التلخيص بالاشارة إلى أن ابن اسحاق صرح بالسماع فى هذا السند ، أى فخشية التدليس زائلة (التلخيص الحبير ٢١/٣) .

(٢) الفواكه الدوانى ٢ ١٢٤ والدرر البهية للشوكانى وشرح صديق حسن خان ١٢٢/٢ .

(٣) رواه الدار قطنى ٥٤/٣ والبيهقى ٢٧٤/٥ وهو فى التلخيص الحبير ٢١/٣ .

(٤) المغنى لابن قدامة ٥٢٤/٤ .

على أنه ظهر لى حقيقة المراد بالأثر من رواية أخرى عند الدارَقطنى أن عمر خطب لما استُخلف فقال : انى نظرت فلم أجد لكم فى بيوعكم شيئا أمثل من العهدة التى جعلها رسول الله لحبان بن منقذ ثلاثة أيام ، وذلك فى الرقيق ، فظهر أن عمر أراد استنباط أمد أقصى لرد الرقيق بسبب عيوبه الخفية أو تلفه ولم يقصد التعرض لخيار الشرط . وقد تابعه فى تحديد العهدة بالثلاث ابن الزبير فى أيام خلافته [1] .

الاستدلال بالاجماع :

استدل به لخيار الشرط كثيرون ، قال النووى : « وقد نقلوا فيه الاجماع » وقال فى موضع آخر : « وهو جائز بالاجماع » . لكنه أشار فى موضع ثالث إلى أن صحته المجمع عليها هى فيما « اذا كانت مدته معلومة » [2] .

وقال ابن الهمام « هذا وشرط الخيار مجمع عليه » [3] . وهذه الاشارة تستدعى قيودا أخرى يمكن تحديدها من استعراض أحكامه التفصيلية . . فمثلا فى البحث عن صاحب الخيار نجد أن الثورى وابن شبرمة أجازاه للمشترى فقط [4] ، فهذا يلقى قيدا آخر على الاجماع المنقول فى صحته بأنه على الذى يقع للمشترى . . وهكذا ، لكن الدخول فى مثل هذه التفصيلات والقيود غير مألوف ولا معروف الاّ نادرا ، كما وقع للنووى ، لأن المراد من الاجماع على مشروعية عقد ما أو موضوع فقهى بارز كهذا ، انما هو القول بثبوته مهما كانت الشروط والقيود .

---

(١) سنن الدارقطنى ٥٧/٣ و ٥٦ .

(٢) المجموع شرح المهذب ، للنووى ١٩٠/٩ و ٢٢٥ والبحر الزخار ٣٤٧/٣ ولا يكاد يخلو مرجع فقهى من ذكر الاحتجاج بالاجماع على خيار الشرط .

(٣) فتح القدير شرح الهداية ١١١/٥ .

(٤) المحلى لابن حزم ٤٣١/٨ المسألة ١٤٢٠ وفتح القدير/ ١١٣ .

على أن هذا الاجماع هو من النوع الذى لم يسلم من منازعة . . ولعله اجماع أغلبي أى مما فيه خلاف لم يعتبر [١] ، أو أن النزاع فيه حدث بعد حصول الاجماع ، وعلى رأس هذا الخلاف الظاهرية ، ويحمل رايتهم ابن حزم فى "المحلى" بإنكار خيار الشرط من أساسه [٢] . وسيأتى تفصيل ذلك .

الاستدلال من المعقول :

هناك مبادئ شرعية مسلّمة تناولت بصيغ العموم التى صيغت بها خيارَ الشرط فكان فردا من أفرادها المشمولة بالجواز .

من ذلك مبدأ صحة الشروط فى العقود ، بقطع النظر عن اختلاف الوجهات المذهبية فيه تضييقا وتوسيعا [٣] . فتصحيح الشروط مستند كاف لتصحيح خيار الشرط ، فما هو فى الحقيقة الاّ شرط فى العقد لكنه ليس من الشروط التى فيها تقييد لمقتضى العقد بل هو شرط يراد به تعليق حكمه أو آثاره إلى حين . (وذلك عند من لم يضيق فى الشروط فقد رأينا أن الخيار خولف فيه ذلك الاتجاه) .

أما القياس فلا مساغ لذكره مستندا لخيار الشرط ، لأنه قد تقرر أن خيار الشرط ثبت على خلاف القياس ذلك انه كما قال السرخسى : « يعلق العقد ، وعقود المعاوضات لا تحتمل التعليق . وينفي مقتضى العقد وهو اللزوم ، وموجبه وهو الملك » ثم حدد السرخسى مراده بالتعليق فبيّن أنه فى الحقيقة لا يعلق أصل العقد لأن الخيار صفة ، وبالصفة لا يتعلق أصل

---

(١) والظاهر أن هذا اجماع سكوتى ، وهو دليل مختلف فيه لكنه يكفي فى مثل هذا المقام من الأحكام العملية . لاسيما أن ما ورد عن داود وابن حزم هو قول محدث لم يعرف قبلها مع انتشار القول بمشروعية خيار الشرط ، فى المذاهب المعروفة قبلها .

(٢) المحلى ٤٢٧/٨م ١٤٢٠ .

(٣) لتفصيل أحكام الشروط ينظر رسالة (نظرية الشروط) للشيخ زكى الدين شعبان ، وبحث العقود والشروط للشيخ أحمد ابراهيم .

الموصوف بل يؤثر فى صفة الثبات فيه فيجعل العقد فى معنى المعلق بالشرط . . [1] .

وقال الكاسانى : جواز البيع مع شرط الخيار فى الأصل ثبت معدولا به عن القياس لأنه شرط يخالف مقتضى العقد بثبوت الحكم للحال وشرط الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم ، ومثل هذا الحكم مفسد للعقد فى الأصل الاّ انا عرفنا جوازه بالنص » [2] .

وهناك أمارة أخرى على تعذر الاحتجاج بالقياس لخيار الشرط ، وهى متسقة مع القائلين بأن مدلول حديث حبّان خاص به وحده – وهم كثيرون – فالنص المثبت للخيار خاص عندهم ، ومن المقرر فى علم الأصول أن لا يجرى القياس فى حكم ورد على سبيل الاختصاص . وهكذا يقطع الطريق على من يستدل لخيار الشرط بالقياس على النص من كتاب أو سنة ، فلا يبقى الاّ دليل الاجماع والعمومات الشرعية .

وعن الاحتجاج له بالمصادر الأخرى غير الأربعة المعروفة يمكن التعلق بالآثار المنقولة عن الصحابة – إذا لم يصحح قيام الاجماع – على التفصيل المعروف فى قول الصحابى والاحتجاج به .

المبحث الثالث
مناقشة الأدلة

تناثر فى عرض الأدلة نبذ من الايرادات التى نوقشت بها أدلة الاثبات ، ممن نفى الخيار وخاصة ابن حزم وقد رأينا أن متمسك النفاة هو الأصل ، فالأصل أن يعرَى العقد عن خيار الشرط ، لكنهم لم يقتصروا على ذلك بل نقدوا أدلة الاثبات ، وحسبنا التركيز على الاستدلال بالسنة فهو عمدة الاحتجاج لمشروعيته :

---
(١) المبسوط للسرخسى ٤٠/١٣ – ٤١ .
(٢) البدائع ٢٠١/٥ ونحوه ١٧٤/٥ .

مناقشة الاستدلال بالسنة :

أولا – حديث حبان :

سبق التوثيق للرواية المشتملة على ذكر الخيار ، اما التصريح باشتراطه من هذا الصحابى ، أو اثباته إيّاه لنفسه بإرادته ، فقد قال النووى : « أما ما وقع فى الوسيط وبعض كتب الفقه فى هذا الحديث أن النبى ﷺ قال له : واشترط الخيار ثلاثة أيام فمنكر لا يعرف بهذا اللفظ فى كتب الحديث . وقد أنكرها قبله ابن الصلاح – كما ذكر ابن حجر – ونحوه للزيلعى والشوكانى . ولا ريبة أن الوصف بالنكارة لا يختص بلفظ (واشترط الخيار .) بل يشمل كل ما فيه أنه كان يطلب الخيار من قبل نفسه بمجرد ارادته ، لا بإثبات خاص من الشارع له دائما دون الطلب عند كل تعاقد ، فيصدق الوصف بالنكارة على الرواية المذكورة فى الهداية وغيرها من كتب الحنفية : إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام كما يتضح من نصب الراية[1] .

فلم يبق الّا الرواية المقتصرة على ذكر الخيار – دون تناول الاشتراط – فتلك الرواية ، وإن كانت صالحة للاحتجاج بها من حيث السند ، لا يتم الاستدلال بها على المراد بل ذلك متعذر ، لأن روايات كتب الحديث المشهورة ، كالموطأ والصحيحين ، لم تتضمن الاّ دعوته لتحذير من يعاملهم من أن يستغلوا ضعفه وقلة درايته فيخلبوه ولذا كان تبويب المجد بن تيمية فى منتقى الأخبار لحديث حبان بعبارة : (شرط السلامة من الغبن)[2] بل ان محمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة بوّب لهذا الحديث فى روايته لموطأ مالك

---

(١) المجموع للنووى ١٩٠/٩ والتلخيص الحبير ٢١/٣ نيل الأوطار ٢٠٧/٥ نصب الراية ٨/٤ هذا ، وان العبرة فى تحقيق ورود الحديث ورواياته لما يحكم به المحدثون ولا مبالاة بمخالفة غيرهم لهم قولا أو صنيعا ، أما دلالة الحديث والمراد منه فذلك دولة بينهم وبين الفقهاء . .

(٢) منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار ٢٠٦/٥ .

بقوله : (باب الرجل يشترى الشىء أو يبيعه فيغبن فيه) ثم عقب عليه بقوله : نرى أن هذا كان لذلك الرجل خاصة »[1] .

أما الروايات الأخرى فهى تفيد أن الخيار مجعول لحبان خاصة بحكم نبوى ، وليس ناشئا عن اشتراط بحيث يفيد منه هو وغيره فالحديث فيه : ولك الخيار (أو) وأنت بالخيار ، كما أن فى القصة المتصلة بالحديث أن هذا الصحابى كان يقول لمن يلومه من ذويه على الابتياع الذى يلحقه به الغبن والضرر : « قد جعلنى رسول الله فيما ابتعت بالخيار ثلاثا » وأنه حين يعارضه بائع فى رد ما اشترى منه كان يستشهد بمن يمر به من الصحابة فيشهدون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثا ، فكيف يتم الاحتجاج لاثبات خيار الشرط بهذا الحديث .

ولذا قال النووى[2] : « الحديث المذكور يحتج به (أى من حيث الاسناد) لكن فى دلالته باللفظ الذى ذكرناه (يريد اللفظ الصحيح الخالى من ذكر اشتراط الخيار) نظر » وزاد الأمر إيضاحا فى شرحه لصحيح مسلم[3] فقال : اختلف العلماء فى هذا الحديث ، فجعله بعضهم خاصا فى حق حبان بن منقذ ، لأن المغابنة بين المتبايعين لازمة لا خيار للمغبونين بسببها ، سواء قلت أو كثرت ، وهو الصحيح ، لأنه لم يثبت أن النبى أثبت له الخيار ، وانما قال له : قل : لا خلابة ، أى لا خديعة ، ولا يلزم من هذا ثبوت الخيار ، ولأنه لو ثبت له الخيار كانت قضية عين لا عموم لها ، فلم يتعدَّ إلى غيره الّا بدليل .

---

(١) الموطأ برواية محمد بن الحسن ص ٢٧٩ .
(٢) المجموع شرح المهذب ١٩٠/٩ .
(٣) المنهاج الى شرح صحيح مسلم بن الحجاج ١٤/٤ .

وصرح كثيرون قبل النووى بخصوصية هذا الخيار بالصحابى الوارد بشأنه ، منهم الشافعى فيما رواه البيهقى[1] عنه أنه قال : والخبر فى أن رسول الله جعل لحبان بن منقذ عهدة ثلاث : خاص . ومنهم محمد بن الحسن فى عبارته السابقة[2] وأجاب ابن الجوزى عن حديث حبان بأنه خاص به[3] وتعجب ابن الهمام ممن جعله أصلا للخيار[4] .

ومما يتصل بحديث حبان والقول بخصوصيته الاشارة إلى صنيع ابن حزم فهو لم يذهب إلى خصوصيّته بحبان بل جعله عاما له ولغيره لكنه أخرجه من حيز الارادة والاشتراط وجعله أثرا شرعيا يثبت حكما دون التوقف على رضا العاقدين ، فكأنه فى نظره خيار حكمى يثبت لمجرد تلفظ العاقد بائعا كان أو مشتريا بعبارة « لا خلابة » سواء رضي بذلك معامله أم لم يرض »[5] .

ولم يكتف ابن حزم بذلك بل ادعى أن بعضهم احتج لإثبات خيار الشرط بحديث المصراة ، وخبر تلقى السلع والخيار للمتلقى ، وبالخيار فى رد البيع يوجد فيه العيب وخيار الشفعة. وأجاب أن تلك خيارات لم تثبت باشتراط العاقد ، بل بحكم الشارع دون الحاجة إلى رضا العاقدين ، فقياسهم خيار الشرط عليها – إن صح قياس أصلا – فاسد . .

ولعله يشير إلى صنيع الشافعى ، حيث روى عنه البيهقى فى معرفة السنن أنه قال : والأصل فى البيع بالخيار أن يكون فاسدا ، ولكن لما شرط رسول الله ﷺ فى المصراة خيار ثلاث فى البيع ، وروى عنه أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع انتهينا إلى ما قال صلى الله عليه وسلم[6] كما جاء عن أبى حنيفة الاحتجاج لبعض أحكام الخيار وهى مسألة مدة الخيار[7] .

---

(١) سنن البيهقى ٥ ٣٢٤ .

(٢) الموطأ لمحمد ص ٢٧٩ .

(٣) نصب الراية ٨/٤ .

(٤) فتح القدير ١١١/٥ .

(٥) المحلى ٤٣٥/٨ م ١٤٢٠ .

(٦) نصب الراية ٦/٤ .

(٧) البدائع ١٧٤/٥ .

ثانيا – حديث (بيع الخيار) : رأينا كيف احتج بعضهم لخيار الشرط بحديث « المتبايعان بالخيار . . . الاّ بيع الخيار » وقد أورِد على هذا الاستدلال أن الحديث مورده فى خيار المجلس لا خيار الشرط ، لأنه جاء مفسرا فى روايات أخر ، منه رواية الصحيحين عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما لصاحبه : اختر (وربما قال) أو يكون بيع الخيار » (١) فهو لدى جمهور الفقهاء استثناء من امتداد خيار المجلس إلى التفرق حيث ينقطع قبل التفرق بالتخاير (٢) .

قال البيهقي (٣) : « والصحيح أنه أراد به – والله أعلم – التخيير بعد البيع ، (أى عقب العقد) الاّ أن نافعا ربما عبر عنه ببيع الخيار وربما فسره » ثم ذكر الرواية الدالة على استعماله اللفظين فى آن واحد ، وعزاها إلى صحيح مسلم (٤) .

مناقشة الاستدلال بالاجماع :

الحاجة ماسّة هنا إلى توثيق دعوى الاجماع على خيار الشرط وإحكامها تماما أو ردّها ، على العكس مما عهد فى أبواب كثيرة يذكر فيها الاجماع مستندا ثانويا – بعد الكتاب والسنة مثلا – للاستظهار والتقوية أو لازالة احتمال الظنية فى دلالة النصوص المحتج بها ، أما هنا فالاجماع هو المستند الخاص الأساسى ، وليس وراءه الاّ التمسك بالعمومات التى سيأتى بحثها عند الاحتجاج له من المعقول . . ولذا قال النووى : « أقوى ما يحتج به فى ثبوت خيار الشرط الاجماع » (٥) .

---

(١) صحيح البخارى ٣/١٧ وصحيح مسلم ٥/١٠ .

(٢) معالم السنن للخطابى ٣/ ١٢٠ والمجموع النضير ٣/ ٢٥٦ ونيل الأوطار ٥/ ٢٠٨ (وفيه توجيهات أخر لمعنى هذا الاستثناء لكنها كلها متصلة بخيار المجلس) .

(٣) سنن البيهقى ٥/٢٧٢ .

(٤) لابن حزم كلام يشبه ماللخطابى فى معنى « الا بيع الخيار » المحلى ٨ ٤٣٤م ١٤٢٠ .

(٥) المجموع شرح المهذب ٩/١٩٠ .

وأول ما يتعين فى حصحصة دعوى الاجماع هذه التأمل فيما يورده ابن حزم عليها ، فقد بادر ، بعد انكار خيار الشرط ، إلى انكار الاجماع على مشروعيته من الصحابة ـ وهو لا يعتبر لغيرهم اجماعا صحيحا لازما [1] قائلاً : « فأين تهويلهم بالصاحب الذى لا يعلم له مخالف ؟ ! [2] » وسبق هذه النتيجة التى توصّل إليها إنكاره أن يكون أحد من الصحابة أو التابعين قال بخيار الشرط ، وحمله ما يفهم منه ذلك على معان أخرى فقد تعرض لما ذكرعن طاوس قيل له : ان الرجل يشترى السلعة على الرضا ، فقال : « الخيار لكليهما حتى يفترقا عن رضا » أجاب ابن حزم عن ذلك فقال : « وأما قول طاوس فموافق لقولنا ، لأنه قطع بأن كل بيع يكون فيه شرط خيار ، فان الخيار يجب فيه للبائع والمشترى حتى يتفقا ، فصح أنه ليس هو عنده بيعا أصلا ، وأنه باق على حكمه كما كان . وهذا قولنا »[3] يريد أن ذلك فى مرحلة المساومة والتبايع وليس عند إبرام العقد ، فالخيار المذكور هو لديه خيار ارتضاء العقد أو رفضه وهو خيار ثابت للمتعاقدين قبل قبول أحدهما إيجاب الآخر . .

ثم استعرض صورا أخرى مروية عن فقهاء السلف مما دعاها غيره خيار شرط وفيها عبارة (بيع على الرضا) فحكم ابن حزم عليها جميعا بأنها ليست بيعا أصلا وانما هى من حالات السوم للشراء وجولات التبايع التى قد تطول أياما قبل حصول الرضا . .

غير أن امعان النظر فى تلك الصور التى استبعدها من خيار الشرط يؤول إلى اكتشاف التكلف والمبالغة فى صنيع ابن حزم وموافقة القائلين بأنها

---

(١) أنظر عن مذهب ابن حزم فى الاجماع ، وقصره على اجماع الصحابة – تبعا لداود أمام الظاهرية – كتابه فى الأصول « الاحكام فى أصول الاحكام » ٤/١٤٧ – ١٤٩ .

(٢) المحلى ٥/٤٣٣ م ١٤٢٠ وابن حزم لا يعدّ رأى الصحابى الذى لم يعلم له مخالف اجماعا (انظر الأحكام له ٤/١٤٨) .

(٣) المحلى لابن حزم ٨/٤٣٣ م ١٤٢٠ .

خيارات شرط،ذلك أن فيها جميعها عبارة (إذا بعت كذا على الرضا) وهى صريحة فى وقوع البيع المعهود ، كما أن من الغرابة بمكان أن ترد هذه النقول كلها بقصد الاستفتاء عن قضية المساومة مع أن البدهى أن المساومة لا يترتب عليها التزام يؤدى إلى فقدان الخيار فى الرجوع ! وعلى افتراض أن الغاية منها ذلك فلِمَ ينفرد هؤلاء بهذا مع أن الفقهاء عامة يرون الرأى نفسه ؟ !

بقي الكلام عن استدلال ابن حزم لدعواه ان تلك الصور المنقولة ليست خيار شرط بأنها خالية من تسمية مدة . فالجواب عنه أنه لا يبعد أن تكون صيغ الاستفتاء عريت عن ذلك وانصبت على أصل الخيار جوازا أو منعاً فورد الجواب عليها دون تعرض للمدة . على أن بعض الاجتهادات تقبل خيار الشرط الذى لم تسمّ فيه مدة وتجعل مدته الثلاثة الأيام التى تظاهرت الأدلة على جوازها ، أو تحدد له مدة بحسب الحاجة كما هو مذهب مالك .

وإذا كان من المقرر فى علم الأصول أنه لابد فى الاجماع من سند أى دليل أو أدلة يستند إليها المجمعون ، كل بمفرده وعلى طريقته ، وليس ضروريا التصريح بذلك السند بل يفترض فى كل اجماع استناده إلى دليل منصوص أو منتزع من نص [1] .

فلعل الاجماع هنا مرتكز إلى ما توارد من العمومات الشرعية الآتى بحثها .

وقبل مغادرة الكلام عن مناقشة الاستدلال بالاجماع لخيار الشرط لابد من التعرض لموقف غريب لابن حزم – على نباهته وما عرف به من التنديد بما يعتبره تناقضا من أصحاب المذاهب فى مناقشاته لها فى المحلى – ذلك أنه أورد فى كتابه « مراتب الاجماع » الذى ألفه لبيان ما وقع الاجماع عليه والإرداف بما اختلف فيه من مسائل الفقه الأساسية ، أورد خيار الشرط لمدة ثلاثة أيام على

(١) يرجع إلى كتب أصول الفقه ، باب الاجماع ، ولا حاجة إلى سرد موطن الباب فيها . .

أنه أحد مواطن الاجماع ، فقد قال : ما نصه : « واتفقوا أن البيع بخيار ثلاثة أيام بلياليها جائز » [١] .

وإذا بدا لأحد أن يتأول لابن حزم موقفه هذا ويخرجه عن صريح التناقض ، فلا مجال الاّ بادعاء أن كتابه المشار إليه آنفا ليس إلاّ لعرض المذاهب دون تدخل منه برأيه ، وغير قاصد من كلمة « أجمعوا » أو « اتفقوا » معناها الاصطلاحي لدى الجمهور أو لديه هو . . وربما كان تأليفه لهذا الكتاب قبل استعلانه بالاجتهاد وتصديه لمخالفيه [٢] .

وصرح كثير من الفقهاء المصنفين – ممّن عنوا بالمقارنة المذهبية – بأن خيار الشرط مما وقع عليه الاجماع ، وليس المراد الآن مناقشة دعوى الاجماع هذه فإن لتلك المناقشة موطنها في الأدلة ، بل الغرض ما تفيده تلك العبارات من فقدان النزاع بين الفقهاء فى مشروعية خيار الشرط .

قال النووى : « فرع فى مذاهب العلماء فى شرط الخيار ، وهو جائز بالاجماع [٣] » فلم يذكر أى خلاف ، على غير العادة فى تلك الفروع التى يعقدها النووى لبيان اختلاف الفقهاء بعد أن يفرغ من عرض مذهب أصحابه الشافعية . كما لم يذكر ابن قدامة خلافا فى مشروعية خيار الشرط [٤] .

الاّ أن ابن رشد ذكر خلافا فى هذا الموضوع قائلا : « أما جواز الخيار فعليه الجمهور الاّ الثورى وابن شبرمة وطائفة من أهل الظاهر [٥] » .

---

(١) مراتب الاجماع لابن حزم ص ٨٦ .

(٢) يشار هنا إلى أن ابن حزم قال بمشروعية خيار يثبت لأى من المتعاقدين بمجرد قول أحدهما للآخر (لا خلابة) قبل الآخر أم لم يقبل (المحلى ٥/ ٤٢٧ م ١٤٢٠) ولا يمكن قطعا اعتباره خيار شرط مع فوارق فى الاحكام ، ذلك أن بينهما بونا شاسعا لأن هذا الخيار خاص بلفظ الخلابة وغير محتاج إلى قبول ، فهو بارادة منفردة ، خلافا للخيارات الارادية المستندة إلى اتفاق الارادتين .

(٣) المجموع ٩/ ٢٤٣ .

(٤) المغنى ٣/٤٩٩ م ٢٧٨٠ .

(٥) بداية المجتهد ٢/٢٠٩ ط ٣ .

وهذا الاستثناء بالنسبة للثورى غريب جدا من ابن رشد لأنه ذكر بعد خمسة عشر سطرا فى مسألة الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة أن الثورى ممن قال « بجواز اشتراط الخيار مطلقا ويكون له الخيار أبدا » !

وليس هذا هو النقض الوحيد لدعوى ابن رشد ، بل هناك ما يقطع بنكارة هذه الدعوى ، وهو أن ابن حزم – الذاهب إلى نفي خيار الشرط قد أسند عن الثورى وابن شبرمة تجويزهما خيار الشرط للمشترى فقط [٢] ، فالظاهر أن ابن رشد وهم فى تفسير موقف الثورى وابن شبرمة المانعين خيار الشرط فى حق البائع خاصة فحمل ذلك المنع الخاص على منع الخيار أصلا [٣] .

فلم يبق الاّ بعض أهل الظاهر ، وعلى رأسهم ابن حزم ، فقد صرح فى كتابه "المحلى" بنفي مشروعية خيار الشرط قائلا : وكل بيع وقع بشرط خيار للبائع أو للمشترى أو لهما جميعا . . فهو باطل . . . » [٤] . ثم شنّع على المذاهب القائلة به بدءا بأبى حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد ، ثم مالك فالشافعى ، واستعرض ما احتج به كل منهم وما فرعوه منددا بتلك الأحكام زاعما أنها « وساوس وأحكام لا يعرف لها أصل » منتهزا الاشارة إلى تناقض القائلين به فيما يستلزمه اثباته من نفي أحكام أخرى قرروها . . إلى أن قال : « وهى آراء أحدثوها متخاذلة لا أصل لها ولا سلف لهم فيها » [٥] وكر بعدئذ فناقش الآثار عن الصحابة والتابعين مما استدل بها مثبتو خيار الشرط ، وسبق البيان لما أداره حولها من احتمالات وكيف صرف تلك الآثار إلى مقتضى مذهبه [٦] .

---

(١) المحلى ٤٣١/٨ و٤٣٣ م ١٤٢٠ .
(٢) بداية المجتهد ٢١٢/٢ .
(٣) المحلى ٤٢٧/٨ – ٤٢٨ م ١٤٢٠ .
(٤) المحلى ٤٣١/٨ .
(٥) المحلى ٤٣١/٨ – ٤٣٤ م ١٤٢٠ ولم أر داعيا للتطويل بايراد مناقشته للأدلة المنصوصة من سنة وأثر ، بعد أن تنكب عن منازلة الاجماع (إثر صرفه تلك الآثار إلى وفاق مذهبه كما سنرى فى مبحث الأدلة) فلينظر ذلك فى كتابه .

الفرع الثالث

طبيعة الخيار وصيغته

المبحث الأول

طبيعة الخيار

إن هذا الخيار من الخيارات التى يرتبط وجودها بإرادة العاقد ، بل هو رأس الخيارات التى هذا شأنها وهى ما يدعى (الخيارات الارادية) . ويتطلب وجوده (شرطا) تتلاقى على اعتباره ارادة العاقدين ، ومن هنا كانت طبيعة هذا الخيار أنه (ارادى) وليس (حكميا) .

على أن طبيعة (الارادية) لا تعدو مرحلة قيامه ونشوئه ، أما اعتباره الشرعى ، أى تسويغ أصل الخيار ، فهو وليد النصوص الشرعية ، وهذا جارٍ فى كل الخيارات .

المبحث الثانى

صيغة الخيار

لا يتطلب ثبوت الخيار التعبير بصيغة معينة ، فكما يحصل بلفظ اشتراط (الخيار) يحصل بكل لفظ يدل على ذلك المراد ، مثل لفظ (الرضا) أو (المشيئة) بل يثبت ولو لم يتضمن الكلام لفظ الخيار أو ما هو بمعناه فيما إذا ورد عند التعاقد أو بعده ما هو كناية عن الخيار ، كما يؤخذ من الفتاوى الهندية حيث قال : « إذا باع من آخر ثوبا بعشرة دراهم ، ثم ان البائع قال للمشترى : لى عليك الثوب أو عشرة دراهم (وقبل المشترى بذلك) قال الامام محمد : هذا عندنا خيار ، كذا فى المحيط »[1] وذكر ابن نجيم نقلا عن المعراج أنه لو قال البائع : خذه وانظر إليه اليوم فإن رضيته

---

(١) الفتاوى الهندية ٣٩/٣ .

أخذته بكذا فهو خيار . ونقل عن الذخيرة مثل هذا الاعتبار فيما لو قال : هو بيع لك إن شئت اليوم [1] .

ومن ذلك اشتراط الخيار فى محل العقد (الثمن ، أو المبيع) بدلا عن اشتراطه فى العقد ، فيكون بمثابة اشتراطه فيه ، فقد نصوا على أنه لو قال المشترى على أني بالخيار فى الثمن أو فى المبيع فهو كقوله : على انى بالخيار (فى العقد) [2] .

ومن ذلك التواطؤ على ألفاظ أو تعابير بأنها يتولد عنها الخيار ، سواء كان ارتباط هذه التعابير بنشوء الخيار منبعثا عن الاستعمال الشرعى مباشرة أو العرف . فمما اعتبر من الألفاظ المتواطأ على أنها يراد بها الخيار ، تبعا للاستعمال الشرعى ، عبارة « لا خلابة » شريطة علم العاقدين بمعناها .

قال النووى : اشتهر فى الشرع أن قوله : « لا خلابة » عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام ، فإذا أطلق المتعاقدان هذه اللفظة وهما عالمان بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط ، وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار قطعا ، فان علمه البائع دون المشترى فوجهان مشهوران ، حكاهما المتولى وابن القطان وآخرون (أصحهما) لا يثبت ، (والوجه الثانى) يثبت ، وهذا شاذ ضعيف ، بل غلط ، لأن معظم الناس لا يعرفون ذلك والمشترى غير عارف به [3] .

وبمثل ذلك قال الحنابلة فى أحد احتمالين ، ولكن جاء عندهم التصريح بأنه قاصر على ما إذا خلبه ، فإن لم يكن خلبه فليس له خيار ، كما أن ابن قدامة لم يتعرض لشريطة علم العاقدين بأن المراد بالعبارة الخيار ، ومما يذكر أن مستند المنع اعتبار خبر حبّان خاصا به [4] وقال الامامية : إن أطلقاها

---

(١) الفتاوى الهندية ٤٠/٣ .

(٢) البحر الرائق ٦/٦ .

(٣) المجموع شرح المهذب ٩/ وليس هذا اللفظ من قبيل التعبد ، ولا هو من الأحكام الشرعية المفترض علم المكلف بها ، فلا ريبة فى تغليط الوجه الثانى .

(٤) المغنى لابن قدامة ٥٢٩/٣ .

عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط [1] .

ومن ذلك العقد مع شرط الاستئمار خلال وقت محدد ، كما لو قال : بعتك على أن استأمر فلانا ، وحدّد لذلك وقتا معلوما ، فهو خيار صحيح لدى الحنابلة والامامية . وقالوا : ان له الفسخ قبل أن يستأمره « لأنا جعلنا ذلك كناية عن الخيار » واختلف الشافعية فى جواز الفسخ قبل الاستئمار ، والأصح عندهم أنه ليس له ذلك قبل أن يستأمره [2] .

هذا إذا ضبط شرط الاستئمار بمدة معلومة ، أما إذا لم يضبط فالشافعية يرون فى الأصح أنه غير سائغ. أما الحنابلة فحكمه عندهم حكم الخيار المجهول : لا يصح على الراجح [3] .

ومن المناسب هنا – ونحن بصدد مرونة الصيغة لاشتراط الخيار أن نورد ما قال الزرقانى من المالكية : « لو جرت العادة باشتراطه (أى خيار الشرط) كان خيارا ، لأنها – أى العادة – كالشرط صراحة » . فإذا تعارف الناس على ثبوت الخيار فى بيع سلعة من السلع ثبت الخيار فيها بلا شرط [4] .

ومن المقرر أن الأخرس تقوم إشارته مقام الصيغة ، فان لم تفهم اشارته أوجن أو أغمى عليه قام وليه من أب أو وصى أو حاكم مقامه [5] .

---

(١) تذكرة الفقهاء ٥١٩/١ – ٥٢٠ .

(٢) المغنى لابن قدامة ٥٢٦/٣ والشرح الكبير على المقنع ١٠٢/٤ والمجموع شرح المهذب ٢١٠/٩ و ٢١٢ – ٢١٣ وتذكرة الفقهاء ١/ ٥٢١ والخلاف للطوسى ٥٢٠/١ .

(٣) المغنى ٥٢٦/٥ والمجموع ٢١٣/٩ .

(٤) حاشية العراقى على ابن سودة شرح منظومة الأحكام ٣٥/١ والمدخل إلى الفقه الاسلامى للدكتور مصطفى شلبى ٤٧١ .

(٥) المغنى ٥٠٧/٣ .

الفرع الرابع

شرائط قيام الخيار

تمهيد :

لا يقوم خيار الشرط بمجرد حدوث الاشتراط فى العقد ، بل لابد من وجود الشرائط الشرعية له ، فإذا اكتملت تلك الشرائط غدا خيار الشرط قائما مرعىّ الاعتبار ، وإذا اختلّ شىء منها اعتبر العقد لازما بالرغم من اشتراط الخيار فى العقد . غير أن تلك الشرائط ليست موضع اتفاق بين المذاهب ، فهى متفاوتة العدد بين مذهب وآخر ، لكننى - فى هذا الموطن وأمثاله - سأذكر كل ما قيل باشتراطه ، لا تأييدا لقول المشترط ، بل للتوصل إلى ذكر رأيه ودليله ، ثم مناقشته والنظر فى رجحانه . .

المبحث الأول

شريطة المقارنة للعقد

المراد من المقارنة للعقد أن يحصل اشتراط الخيار مع ولادة العقد أو لاحقا بها ، لا أن يسبق الاشتراط العقد . فلا يصح اشتراط الخيار قبل اجراء العقد ، إذ الخيار كالصفة للعقد فلا يذكر قبل الموصوف [١] . وبيان الصورة المحترز منها ما جاء فى الفتاوى الهندية [٢] عن العتابية أنه « لو قال : جعلتك بالخيار فى البيع الذى نعقده ، ثم اشتراه مطلقا لم يثبت الخيار فى البيع عند أبى حنيفة » .

لكن من الزيدية من ذهب إلى أن اهدار الاشتراط السابق للعقد انما هو ما لم يجر العرف بأن المشروط قبل البيع كالمشروط حال البيع [٣] .

---

(١) البحر الزخار ٢٤٧/٣ والمجموع للنووى ١٩٤/٩ والروضة البهية ١/ ٣٢٣ .
(٢) الفتاوى الهندية ٤٠/٣ .
(٣) حواشى شرح الأزهار لابن مفتاح ٩٨/٣ ، التاج المذهب ٤٠٤/٢ البحر الزخار ٢٤٧/٣ .

وهذا الذى ذهبوا إليه هو الذى يتعين رجحانه، اعمالا للعرف في مجال اعتباره [1] . لاسيّما أن تشبيه الخيار بالصفة ليس وجيها وهو يستدعي اضعاف مركز الخيار على مذهب الحنفية القائلين بأن « الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن الاّ إذا كانت مقصودة بالتناول » [2] ثم ما الذى يحتم اعتبار الخيار وصفا ثم مآل الأمر إلى منع تقدمه على الموصوف ، فليعتبر كما هو صريح اسمه شرطا والشرط يتقدم أو يتأخر ، بعد وضوح تعليق المشروط عليه وحكم العقد معلق على شرط الاجازة المرتكزة على خيار الشرط . .

يعتبر بمنزلة المقارنة للعقد ما لو ألحق اشتراط الخيار بالعقد بعدئذ ، بتراضى المتعاقدين ، فذلك فى حكم حصوله فى أثناء العقد أو بمجلس العقد عند الملتزمين بمجلس العقد . ذهب إلى تلك التسوية بين المقارنة واللحاق الحنفية ، والامامية ، والرّسية من الزيدية [3] ومن مستندهم القياس لهذا على ما فى النكاح من جواز الاتفاق بعد العقد على ما يتصل به ، كالزيادة فى المهر أو الحط منه ، ودليل هذا الحكم المقيس عليه قول الله عز وجل : « ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة » [4] قال ابن الهمام : [5] يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع ، لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام : جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صحّ بالاجماع – أى إجماع أئمة الحنفية – ثم ذكر أن إلحاق الخيار بعد العقد جار مجرى ادخاله فى العقد تماما من حيث نوع الخيار المشروط ومدته وبقية أحكامه [6] .

---

(١) من القواعد الكلية « العادة محكمة » مجلة الاحكام العدلية وشروحها ، المادة / ٣٩ والمدخل الفقهى العام ، مبحث سلطان العرف اللفظى ف ٤٩٣ . . .الخ .

(٢) رد المحتار ٥٤٤/٤ .

(٣) المراجع المذكورة سابقا .

(٤) سورة النساء / ٢٤ .

(٥) فتح القدير ٤٩٨/٥ .

(٦) الفتاوى الهندية ٣٩/٣ نقلاً عن المحيط أيضاً .

ومما جيء به فى معرض الاستدلال للجواز أن للعاقدين فسخ العقد فكان لهما الحاق الخيار به وان ذلك فى منزلة إلحاقه بالمجلس [١] .

وذهب الشافعية والحنابلة والناصرية – من الزيدية – والاباضية إلى أنه لا يلحق خيار الشرط بالعقد بعده ، بل لابد من وقوعه فى صلب العقد ، أو فى مجلسه . وذكر المهدى الزيدى فى معرض الاستدلال أن أصحاب هذا الرأى قاسوا منع تأخر الخيار على منع تقدمه على العقد ، وأشار فى الرد على ذلك إلى أن بين الأمرين فرقا لأن منع التقدم على العقد هو لمنع تقدم الصفة أما التأخر فهو شأن الصفة [٢] . واستدل ابن قدامة لمذهب الحنابلة المانع من تأخر الخيار عن العقد بأن العقد بعد انتهاء المجلس أصبح لازما ، فلم يصر جائزا بقول المتعاقدين [٣] وذكر ابن تيمية أن من أصول الشافعى وأحمد أن الحاق الزيادة (فى الأجرة) والشروط بالعقود اللازمة لا يصح .

وبين هذين الاتجاهين مذهب ثالث اشترك مع المذهب الأول فى النتيجة واختلف عنه فى التكييف لهذا التصرف ، فقد أجاز المالكية إلحاق الخيار بالعقد بعد أن وقع على البتات ، سواء كان الحاقه من أحدهما أم من كليهما ، فيصح الاشتراط اللاحق ، ويلزم من التزمه بعد صدور العقد خاليا منه ، لكنه – وهذا هو الفارق عن المذهب الأول – بمثابة « بيع مؤتنف بمنزلة بيع المشترى لها من غير البائع . . . صار فيه المشترى بائعا . . »[٤] كما ذكر المالكية أنه لو جعل البائع الخيار للمشترى ، بناء على المذهب من أن اللاحق للعقود ليس كالواقع فيها ، فما أصاب السلعة فى أيام الخيار فهو من المشترى . وأشار خليل وشراحه [٥] إلى أن القول بجواز إلحاق الخيار انما هو بعد انتقاد

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤٩٤/٣م ٢٧٧١ .

(٢) البحر الزخار ٣٤٧/٣ – ٣٤٨ المجموع للنووى ٢٠٩/٩ و٤١٩ ط٢ والمغنى لابن قدامة ٤٩٤/٣ والايضاح للشماخى ٢٩٨/٣ ومن قوله : « وانما يجوز الخيار عند عقدة البيع ، وأما قبلها أو بعدها فلا يلزم » .

(٣) المغنى ٤٩٤/٣م ٢٧٧١ .

(٤) الدسوقى ١٧٧/٣ نقلا عن المدونة بالمعنى ، ونص ما فى المدونة : بمنزلة بيعك إياه بالثمن من غيره (١٧٧/٤) .

(٥) الخرشى على خليل ٢١/٤ والدسوقى على الشرح الكبير ٩٣/٣ – ٩٤ وبقية الشروح . .

البائع الثمن ، أما إلحاقه قبل انتقاده فلا يساويه فى الجواز لما فى الحالة الثانية من (فسخ دين فى دين) وأصل ابن القاسم منعه .

وقد ذكروا فى خلال مناقشة هذين القولين وجها متفقا عليه هو أن « جعل الخيار لأحد العاقدين ليس عقدا حقيقة ، إذ المقصود منه تطييب نفس من جعل له الخيار لا حقيقة البيع [1] » قال الخرشي والدسوقى : لكن المرجح الأول وهو المعتمد أى اقتصار الجواز على ما لو نقد الثمن ، وإن كان ظاهر المدونة التسوية بينهما [2] .

المبحث الثانى

شريطة التوقيت

أو : معلومية المدة

اتفق جمهور الفقهاء على أنه لابد من تقييد الخيار بمدة معلومة مضبوطة من الزيادة والنقصان . فلا يصح اشتراط خيار غير مؤقت أصلا ، وهو من الشروط المفسدة عند الجمهور ، وسيأتى الكلام فيه بالتفصيل .

قال الكاسانى:والأصل فيه أن شرط الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم للحال ، فكان شرطا مغيرا مقتضى العقد ، وأنه مفسد للعقد فى الأصل ، وهو القياس ، الاّ أنّا عرفنا جوازه استحسانا (بخلاف القياس) بالنص . . . فبقى ما وراء المنصوص عليه على أصل القياس . [3] .

والحكمة فى توقيت المدة أن لا يكون الخيار سببا من أسباب الجهالة الفاحشة التى تؤدى إلى التنازع ، وهو مما تتحاماه الشريعة فى أحكامها ، ولهذا مزيد بيان فى مناقشة المذاهب فى هذه الشريطة .

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ٩٤/٣ .

(٢) جاء فى المدونة : « أرأيت لو أنى بعت – أو اشتريت – من رجل سلعة ، فلقيته بعد يوم أو يومين ، فجعلت له الخيار – أو لى الخيار – أياما ، أيلزم هذا الخيار أم لا ؟قال : نعم » ٤/ ١٧٧ .

(٣) البدائع ١٧٤/٥ ونحوه فى المجموع للنووى ١٩١/٩ .

المطلب الأول
الحد الأدنى للمدة المعينة

للمدة الجائز ذكرها حدان : حدّ أدنى ، وحدّ أقصى .

أما الحد الأدنى فلا توقيت له وليس له قدر محدود بحيث لا يقل عنه فيجوز مهما قلّ ، لأن جواز الأكثر يدلّ بالأولوية على جواز الأقل ، ومن هنا نص بعض الحنفية وغيرهم على أنه يجوز « ولو لحظة » . على أن اشتراط الخيار لمدة لحظة يغني عنه فترة المساومة في مجلس العقد فضلا عما ينبئ عنه من العبث ، ولا عبث في التشريع [1] وذلك ان صح من الناحية النظرية فالغالب أن يستغرق الخيار في حده الأدنى فترة صالحة للتأمل بعد مجلس العقد وعملية التعاقد ولو ساعة عرفية على الأقل . فليت من تناول هذه المسألة اقتصر على الاعفاء من التقدير دون التمثيل النظرى الذى لا يستدعيه التوضيح ، كما صنع الكاسانى فأحسن صنعا حين قال : « أقل مدة الخيار ليس بمقدر » [2] . ونحوه نصوص غير الحنفية من غير خلاف يعرف [3] .

المطلب الثانى
الحـد الأقصى للمـدة

أما الحد الأقصى للمدة الجائزة فقد اختلفت فيه المذاهب خلافا عريضا ، ولابد من تضييق شقته بحصره فى الاتجاهات الفقهية التالية : التفويض للمتعاقدين مطلقا — التفويض لهما فى حدود المعتاد — التحديد بثلاثة أيام .

---

(١) الموافقات ، للشاطبى ١/١٥٦ .

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢١٣ .

(٣) المجموع ٩/١٩٠ وتذكرة الفقهاء ١/ ٥٢٠ والايضاح للشماخى ٣/٢٩٣ .

أولا – التفويض للمتعاقدين مطلقا

مقتضى هذا الاتجاه جواز اتفاق المتعاقدين فى خيار الشرط على أى مدة مهما طالت . . وهو مذهب أحمد ، ومحمد بن الحسن وأبى يوسف صاحبى أبى حنيفة ، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، والثورى ، وابن المنذر ، واسحاق بن راهويه ، وأبى ثور ، والحسن بن عبيد الله العنبرى لكنه قال : لا يعجبنى الطويل [١] .

فعند هؤلاء الفقهاء تجوز الزيادة عن ثلاثة أيام ، لما فى النصوص المثبتة للخيار من الاطلاق وعدم التفصيل ، ولأن الخيار حق يعتمد الشرط من العاقد فرجع إليه فى تقديره . أو يقال : هو مدة ملحقة بالعقد فتقديرها إلى المتعاقدين .

وهناك صورة نادرة تشبه ما سبق فى الحد الأدنى للمدة لكنها تستحق الاشارة إليها لما فى بحثها من تقييد الخيار بأن لا ينافى العقد ويفقده غايته . تلك الصورة ما لو شرط المتعاقدان مدة طويلة خارجة عن العادة «كألف سنة ، ومائة سنة» فقد استوجه صاحب غاية المنتهى أن لا يصح لإفضائه – على هذه الصيغة ونحوها – إلى المنع من التصرف فى الثمن والمثمن وهذا المنع مناف للعقد الذى جعله الشارع ارفاقا للمتعاقدين ، وقد وافقه الشارح بل اعتبر محشيه أن ذلك هو مراد من أطلق من الاصحاب [٢] .

ثانيا – التفويض للمتعاقدين فى حدود المعتاد

وهذا مذهب مالك وحده . فيتحدد أقصى مدة الخيار الجائزة بقدر الحاجة ، نظرا لاختلاف المبيعات ، فللعاقد تعيين المدة التى يشاء على أن لا

---

(١) المحلى ٨/ ٣٧٣ المجموع ٩/ ١٩٠ واختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى ١٦ الأصل للامام محمد ، تحقيق شحاته ص ٢ و ٣ المبسوط ١٣/ ٤١ مختصر الطحاوى ٧٥ البحر الرائق ١/ الفتاوى الهندية ٣/ ٣٨ المقنع ٢/ ٣٥ المغنى ٣/٤٩٨ م ٢٧٧٩ مطالب أولى النهى ٣/ ٨٩ الفروع ٨٣/٤ منتهى الارادات ٣٥٧/١ .

(٢) مطالب أولى النهى شرح غاية المنتهى وحاشيته ٨٩/٣ .

يجاوز الحد المعتاد فى كل نوع [1] .

قال ابن رشد : وأما عمدة أصحاب مالك فهو أن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان امكان اختبار المبيع ، وذلك يختلف بحسب كل مبيعٍ مبيعٍ [2] .

وبما أن لهذا الاتجاه الفقهى تقديرات محددة بحسب الحاجات المعقود عليها فقد جرى تصنيفها لدى المالكية إلى زمر :

العقــار : وأقصى مدته شهر ، وما ألحق به هو ستة أيام ، فأقصى المدة التى يجوز مدّ الخيار إليها فى العقار (٣٦) يوما . وهناك اليومان الملحقان بزمن الخيار وهما للتمكين من رد المبيع إذا كان حين انتهاء المدة (الشهر والأيام الستة) بيد المشترى وهو يريد الفسخ ، والحكم عند المالكية أن يلزم المبيع على من هو بيده عند انتهاء المدة دون فرق بين أن يكون الخيار له أو للعاقد الآخر ، فاليومان الملحقان هما لهذا الغرض (دفع اللزوم عن المشترى دون إرادته) . أما زمن الخيار للعقار فهو شهر وستة أيام .

الرقيق : وأقصى مدته : أسبوع وما ألحق بذلك وهو ثلاثة أيام ، وثمة يومان ملحقان بزمن الخيار لتمكين المشترى من رد المبيع حذرا من لزومه عليه إذا انتهت المدة والمبيع بيده .

الدوّاب : وتختلف المدة فيها بحسب المقصود من الخيار فيها فإن كان الخيار لمعرفة قوتها وأكلها وسيرها فأقصى مدته ثلاثة أيام . وإن كان خيار الشرط متضمنا أنها للاختبار فى البلد نفسه فالمدة يوم واحد وشبهه ، أما إن كان خارجه فأقصى المدة بريد عند ابن القاسم ، وبريدان عند أشهب ، والبريد : سير نصف يوم بالسير المعتاد [3] . وقد ألحق بالثلاثة الأيام يوم واحد

---

(١) الشرح الكبير على خليل وحاشية الدسوقى ٣ ٩٥ والخرشى على خليل وحاشية العدوى ١٩/٤ والحطاب على خليل ٤١٢/٤ والقوانين الفقهية ٢٦٣ ولباب اللباب لابن راشد وبداية المجتهد لابن رشد ٢٠٩/٢ .

(٢) بداية المجتهد ٢ ٢١٠ .

(٣) الدسوقى ٩٣/٣ .

لتمكين المشترى من رد المبيع ، كما سلف .

بقية الأشياء ، عدا الأصناف الثلاثة السابقة ، وتشمل : الثياب ، والعروض ، والمثليات . وأقصى المدة لها ثلاثة أيام ويلحق بها يوم [1] وقد أطلق الخرشى لفظ (المثليات) على كل ما عدا الأصناف الثلاثة الأولى (الرقيق والعقار والدواب) وبالرغم من شمول المثليات للخضر والفواكه فإن لهذين الصنفين حكما خاصا بهما من حيث المدة نظرا لطبيعتهما الخاصة من تسارع التلف إليهما ، فالخضر والفواكه بخاصة أمد الخيار فيهما بقدر الحاجة أو بعبارة أخرى المدة التى لا تتغير فيها [2] .

تنبيهـات :

أولا – يلحظ أن المدد المحددة للحاجات هى أحد الآجال التى يكثر التعويل عليها فى الشريعة وأعراف الناس وهى : يوم ، ثلاثة أيام ، أسبوع ، شهر . ولكل من هذه المدد اعتبارات كثيرة ولكن ليس على واحد منها دليل شرعى خاص ، فالظاهر أنها تثبيت لأعراف شائعة ، ولكن هل هى مما يتغير بتغير العرف ؟ لم أجد بحثا فى ذلك غير أن طريقة عرضها وسياقها فى كتب المالكية تدل على اعتمادهم تلك الحدود بصورة دائمة ، ولذلك نصوا على أنه إن زاد عن المدد المقدرة فسد العقد ، دون أن يستثنوا حالة تغير العرف ، كما أن تلك المقادير لم يتغير اعتبارها منذ الامام مالك إلى عهد الدسوقى المتوفى سنة ١٢٣٠هـ ولا شك أن المعاملات المالية قد طرأ عليها تغيير كبير خلال تلك العهود . [3]

ثانيا – لقد ألحق بتلك الآجال أيام متفاوتة قلة وكثرة ، بحسب أصل الأجل فقد ألحق بالشهر ستة أيام ، وبالأسبوع ثلاثة ، وبالثلاثة الأيام

---

(١) الشرح الكبير على خليل وحاشية الدسوقى عليه ٩٥/٣ الخرشى على خليل بحاشية العدوى ١٩/٤ – ٢١ .

(٢) الخرشى ٢١/٤ .

(٣) الدسوقى نقلا عن المجموع ٩٣/٣ .

يوم آخر فلم كان هذا إلحاقا ، ولم يكن هو المدة الأصلية سواء كان بالعرف أم بنص ما ؟

ثالثا — هناك للآجال وملحقاتها إضافة أخرى هى يوم أو يومان مهما كان النوع ؛ وهى إضافة زمنية يختص اعتبارها بردّ المبيع رغم انقضاء زمن الخيار وما ألحق به وقد قيل ان هذه الاضافة لا تثبت الاّ لمن اشترط الحد الأقصى من المدة ، أما من اشترط فى العقار عشرة أيام.مثلا فلا ينتفع من تلك الاضافة (١) . وسيأتى تفصيل هذه الاضافة فى مباحث انتهاء الخيار .

رابعا — وقد جاء فى مذهب المالكية أيضا أن القول بالتفويض المقيد بهذه الحدود المضروبة انما هو بشأن خيار المشترى ، لأن هذه المدد للتمكين من الاختبار ، والمشترى هو الذى يتصور منه الاختبار ، أما فى خيار البائع فالمدة القصوى هى ثلاثة أيام مطلقا مهما كان نوع المبيع . لأن حاجة التروّى فى البائع مقتصرة على الثمن ، فيكفي لتروِّيه فيه ثلاثة أيام.بل هناك رأى بأن خيار المشترى أيضا إذا كان للمشورة بالثمن فمدته ثلاثة أيام فقط (٢) .

خامسا — وبناء على تصنيف المدة القصوى على حسب الأشياء قالوا : إذا كان العقد مقايضة ، كدابة بثوب ، وكلاهما مقصود به الخيار فالعبرة فى المدة للأقصى مدة (٣) .

ثالثا — التحديد بثلاثة أيام

وهذا التحديد بثلاثة أيام بلياليها:مهما كان المعقود عليه ، مع المنع من مجاوزتها . وهو مذهب أبى حنيفة وصاحبه زفر والشافعى فى الوجه المشهور عنه ، والامام زيد ، والليث بن سعد (٤) .

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ٩٦/٣ .

(٢) الحطاب ٤١٢/٤ والدسوقى ٩٢/٣ وقال وهو ما نقله ابن عرفة عن التونسى .

(٣) الحطاب ٤١٣/٤ .

(٤) البدائع ١٧٤/٥ والبحر الرائق ٦/٦ ورد المحتار ٥٦٨/٤ والفتاوى الهندية ٣/ ٥٦٨ والفتاوى الهندية ٣/ ٣٨ والمبسوط ١٣/ ٤١ وفتح القدير ٥/ ١١١ والمجموع ١٩٠/٩ ونهاية المحتاج ٤/ ١٧ والمحلى ٨/ ٣٧٣ وشرح الأزهار ٩٩/٣ والبحر الزخار ٣٤٨/٣ .

وقد احتج لهذا التحديد بما جاء فى حديث حبّان بن منقذ السابق ذكره لإثبات الخيار فيه على ثلاثة أيام - وقد سبق ما فيه - كما احتج لهم بأحاديث فيها إبطال الخيار الزائد عن ثلاث ، منها ما روى عبد الرزاق فى مصنفه من حديث ابان بن أبى عياش عن أنس أن رجلا اشترى من رجل بعيرا واشترط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله ﷺ البيع وقال: الخيار ثلاثة أيام . وقد أعلّ بأبان لأنه لا يحتج بحديثه مع أنه كان رجلا صالحا [1] .

على أن أهم ما جاء فى مناقشة صاحب الهداية وابن الهمام للقول بجواز زيادة المدة عن الثلاث (الذى احتج له بأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر) قول ابن الهمام [2] : يمكن أن يقال : لم يتعين اشتراط الأكثر طريقا ، لأنه إن كان لإمكان أن يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشترى لا حاجة إلى شرط الخيار أصلا لأن خيار الرؤية ثابت ولو تأخر رؤيته سنة . وإن كان للتروى فى أمرها هل تُساوي الثمن المذكور أو لا ، أو هي منتفع بها على الكمال أو لا وإن لم يرها فهذا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة، لأنه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل فى مدة الثلاث » .

هذا ما ذكره ابن الهمام بصيغة لا تخلو من تردده هو فى وضوح هذه الحجة ، ولعل فى كلام ابن رشد جوابا عن ذلك حيث جعل عمدة أصحاب مالك - فى عدم تحديد مدة الخيار بالثلاث وربطهم إياه بحسب الحاجة - ان المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان إمكان اختبار المبيع . . . [3] .

---

(١) نصب الراية ٨/٤ ولم أجدها فى المصنف فى مظنته ٥٣/٨ وذكره فى المجموع النضير شرح مسند زيد ٢٥٥/٣ وقال : نسبه فى التلخيص إلى مصنف عبد الرزاق عن أنس ولم يتكلم على سنده .

(٢) فتح القدير ١١٢/٥ ط ١ .

(٣) بداية المجتهد ٢١٠/٢ .

والبيان الدقيق لمستند أبي حنيفة في تحديد الثلاثة الأيام هو ما ذكره صاحبه أبو يوسف ، فقد قال في بيان مذهب الامام : « لا يكون الخيار فوق ثلاثة أيام ، بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول : (من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام : إن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر أو صاعا من شعير) فجعل (أبو حنيفة) الخيار كله على قول رسول الله ﷺ وكان ابن أبي ليلى يقول : الخيار جائز، شهراً كان أو سنة، وبه نأخذ » [1] ونحوه مستند الشافعي ، كما رواه البيهقي في معرفة السنن قال الشافعي : الأصل في البيع بالخيار أن يكون فاسدا ولكن لما شرط رسول الله في المصرّاة خيار ثلاث في البيع وروى عنه أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع انتهينا إلى ما قال صلى الله عليه وسلم [2] .

كما احتجوا له من المعقول بأن الخيار منافٍ لمقتضى العقد وقد جاز للحاجة فيقتصر على القليل منه ، وآخر حد القِلة ثلاث ، واحتج بمثل ذلك النووي بعدما أشار إلى حديث حبان [3] .

الزيادة عن الثلاث :

إذا زادت مدة خيار الشرط عن ثلاثة أيام بلياليها لدى هذا الفريق من الفقهاء القائل بالتحديد بها فالعقد فاسد عند أبي حنيفة وزفر ، وباطل عند

---

(١) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، لأبي يوسف ١٦ جامع الفصولين ١/ ٣٢٩ وربما يستغرب احتجاج أبي حنيفة بحديث المصراة مع تركه العمل بخيار التصرية ، والجواب ان عدم قوله بذلك الخيار ليس لوهن في الحديث (فهو من أحاديث الصحيحين) بل لصرفه معناه إلى أنه في حال اشتراط وصف زائد هو هنا كون الشاة حلوبا ، فبفوات الوصف يثبت عنده خيار الوصف ، وحمل ذكر التحفيل على أنه لبيان السبب الداعي للخيار،كما في المبسوط ٣٨/١٣ .

(٢) نصب الراية ٦/٤ نقلا عن معرفة السنن للبيهقي ، ولم يدع ابن حزم فرصة التنديد بأبي حنيفة لأنه احتج بحديث المصراة في التحديد بالثلاث ثم لم يأخذ بخيار التصرية (احكام الأحكام ٩٩/٣) .

(٣) المجموع ١٩٠/٩ وقد جاء في البدائع ١٧٤/٥ مناقشة مبنية على خلاف أبي حنيفة وصاحبيه في جواز الزيادة على الثلاث اعتمد فيها على النص في الحديث على الثلاث . كما أطال ابن الهمام في الفتح ٥٠٠/٥ في الاستدلال للتحديد بالثلاث بما مداره أن الخيار شرع مقيدا بالثلاث يقصد حديث حبان وقد سبق ما فيه . .

الشافعي ذهابا منه إلى أن اسقاط الزيادة لا يُصحّح العقد بعد مفارقة المجلس، بل في المجلس أيضا على المشهور لأن المجلس ثبت لعقد صحيح ، لا لفاسد ، لوقوعه على وجه لا يثبت دائما .

غير أن أبا حنيفة وحده ذهب إلى أن إسقاط شرط الخيار الزائد عن الثلاث – أو إسقاط الزيادة – يصحح العقد.، ولو حصل ذلك الاسقاط بعد مفارقة مجلس العقد وذلك ما لم تمض الأيام الثلاثة . وخالفه صاحبه زفر فذهب إلى أن اسقاط الزائد لا يصحح العقد لأن البقاء على حسب الثبوت .

والحجة لأبي حنيفة أنه باسقاط الخيار المخالف أصلا أو المدة الزائدة يصير كأن لم يكن في الأصل ، ولأنه تبين بالاسقاط أنه ما شرط الخيار الاّ إلى هذا الوقت ، ولأن المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله باليوم الرابع وهو بعَرَض الفصل قبل مجيئه ، فإذا أسقطه فقد تحقق زوال النهي المفسد قبل مجيئه ، فالفساد ليس في صلب العقد ، ثم بحث ابن الهام في صفة العقد حينئذ فذكر أن لمشايخ الحنفية فيه وجهين : الفساد بحسب الظاهر ، وأنه موقوف . واستغرب كونه فاسدا بحسب الظاهر دون الباطن ورجح طريقة الهداية بفرض الفساد على وجه يرتفع أي أنه بمعنى الموقوف (١)

وقد تعرض الكاساني أيضا للاختلاف في تكييف العقد في حال الزيادة عن الثلاث لدى أبي حنيفة ، فذكر أن رأى العراقيين من أئمة المذهب وبعض مشايخ ما وراء النهر أن العقد انعقد فاسدا فسادا غير متقرر ، وفساده ليس لعينه ، بل لغيره وهو الشرط المفسد ، فإن أبطل الشرط قبل تقرر الفساد تبين أنه كان جائزا من الأصل ، وإلاّ تبين أنه وقع فاسدا . وأما رأي الخراسانيين وبعض مشايخ ما وراء النهر فهو أنه انعقد موقوفا .ثم قال :وهذا هو

---

(١) بدائع الصنائع ١٧٨/٥ وفتح القدير ٥/ ٥٠٠ – ٥٠١ والمجموع شرح المهذب ١٩٠/٩ و ١٩٤ والبحر الزخار ٣٤٨/٣ وشرح الأزهار لابن مفتاح ٩٩/٣ .

الأوجه وقد اختاره السرخسى وغيره كما جاء فى الفتاوى الهندية نقلا عن ابن نجيم [١] .

ثم ذكر الكاسانى عن الحسن بن زياد فرعا لأبى حنيفة فيه أن العقد فى هذه الحال موقوف ، وفسره بأمارة الموقوف ، وهى أن يكون لكل واحد من العاقدين حق الفسخ فأيهما فسخ الخيار أو العقد قبل الآخر فالعبرة به .

هذا ، ولا يفيد اسقاط الزيادة الممنوعة بعد الدخول فى مدتها ، لتقرر الفساد ،والفساد بعد تقرره لا يحتمل الزوال [٢] .

وذهب المالكية إلى أن من الصور المفسدة :

– اشتراط مشاورة من لا يعلم ما عنده الاّ بعد فراغ المدة بأمد كما لو اشترط الخيار فى العقار لمدة (٤٠) يوما مع أن المدة المحددة للعقار أقصاها (٣٨) يوما . .

– اشتراط مدة زائدة على مدة تلك السلعة بكثير ، أما لو بزيادة يوم أو بعضه فلا يضر [٣] .

المطلب الثالث

صور مختلفة لتوقيت الخيار

بان مما مضى شأن الخيار الموقت على اختلاف الأنظار فى حدود توقيته فما الحكم إذا ورد الخيار مطلقا عن التوقيت ؟ وهى مسألة كثيرة الوقوع

---

(١) الفتاوى الهندية ٣٩/٣ والبدائع ٣٠٠/٥ والبحر الرائق ٦/٦ والمبسوط ١٣ / ٦٣ المحيط البرهانى مخطوط (ورقة ٧٦٥) « ذلك العقد موقوف عند أبى حنيفة على ما ذهب إليه أهل خراسان فإذا انقضى جزء من الرابع فسد العقد وعلى ما ذهب إليه أهل العراق العقد فاسد فإذا سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع منع الفساد » .

(٢) البدائع ١٧٨/٥

(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى ٩٤/٣ – ٩٥ والخرشى ٢١/٤

حيث يحتفظ العاقد لنفسه بذكر الخيار دون أن يحدد المدة المرادة . ولمعرفة حكم هذه المسألة العملية لا بد من استعراض الاتجاهات الفقهية فيها وفى صور أخرى مشابهة هى : صورة الاطلاق أى عدم التحديد للمدة أصلا – الخيار المؤبد – جهالة المدة أو احالتها لمشيئة العاقد – التحديد بما لا ينضبط ميعاده لكونه يتقدم أو يتأخر كهبوب الرياح ومجيء المطر وقدوم فلان . .

أولا – الخيار المطلق :

فى الخيار المطلق عن المدة تتجه للمذاهب أربعة اتجاهات : بطلان العقد أو فساده – بطلان الشرط دون العقد – صحة العقد وتعديل الشرط – صحة العقد وبقاء الشرط بحاله :

(أ) بطلان العقد أو فساده ، فالبطلان هو ما ذهب إليه من الفقهاء الشافعية والحنابلة – فى إحدى الروايتين – والامامية – وذهب الحنفية إلى فساده ولم يفرقوا هنا بين الجهالة المتفاحشة أو المتقاربة كالحصاد مثلا كما ذكر الكاسانى ، ثم أن أبا حنيفة وصاحبيه ذهبوا إلى أن صاحب هذا الخيار المفسد لو أبطل خياره ، أو بيّنه ، أسقط بسبب ما ولزم البيع فى الأيام الثلاثة التالية للعقد عند الصاحبين، خلافا لأبى حنيفة المشترط حصول ذلك قبل مضى الأيام الثلاثة انقلب العقد صحيحا عند الجميع – بل لو بعد الثلاث عند الصاحبين – لحذف المفسد قبل اتصاله بالعقد لأنهما يجيزان الزيادة عن الثلاث .

(ب) بطلان الشرط دون العقد ، وهو رواية لأحمد ومذهب ابن أبى ليلى[1] .

---

(1) بدائع الصنائع ١٧٤/٥ و ١٧٨ والفتاوى الهندية ٣٨/٣ – ٣٩ والمجموع ١٩١/٩ والمغنى لابن قدامة ٥٢٧/٣ وتذكرة الفقهاء ٥٢٠/١ المقنع ٣٥/٢ «ولا يجوز مجهولا فى ظاهر المذهب ، وعنه يجوز ، وهما على خيارهما إلى أن يقطعاه أو تنتهى مدته» .

(ج) صحة العقد وتعديل الشرط ، فالخيار المطلق أو المؤبد هنا يخوّل القاضى تحديد المدة المألوفة فى العادة لاختبار مثل السلعة التى هى محل العقد ، لأن الخيار مقيد فى العادة ، فإذا أطلقا حُمل عليه . وهذا مذهب مالك .

ولبعض الامامية قول بصحة الخيار مع الاطلاق واعتباره محددا بثلاثة أيام حملا على مدة خيار الحيوان عندهم (١) وقد اختار ابن تيمية أن العاقدَين ان أطلقا الخيار ولم يوقتاه بمدة توجه ان يثبت ثلاثا ، لخبر حبان بن منقذ (٢) .

(د) صحة العقد وبقاء الشرط بحاله : فيبقى الخيار مطلقا أبدا كما نشأ حتى يصدر ما يسقطه . وهذا مذهب الحسن بن حيّ وابن شبرمة ، وقول لأحمد . ويشبه هذا ما ذهب إليه عبيد الله بن الحسن العنبرى بعد أن قال : لا يعجبنى الطويل ، انه للمشترى ما رضي البائع (٣).

صورتان مهمتان :

هناك صورتان من صور الاطلاق ، هما فى غاية الأهمية ، لجريان التعامل بهما :

الأولى – ربط الخيار بالمشيئة : كمن قال لآخر : أنت بالخيار ما بدا لك أو إلى الوقت الذى تشاء أو : أنت بالخيار فمتى ما أردت فأبرم البيع . . (٤) وهذه عبارات تكثر عند الباعة فى حال اطمئنان البائع إلى حظه فيما إذا رد المبيع عليه ، أو تكون عبارات جوفاء للترويج والترغيب . .

الثانية : اطلاق الخيار مع قرينة التحديد : ان المراد بالاطلاق أن لا يوجد فى الكلام قرينة على إرادة تحديده ، أما ان أطلق الخيار وتعين بالقرائن

---

(١) المقدمات ٥٦٠/٢ وتذكرة الفقهاء ٥٢٠/١ .
(٢) الاختيارات ، لعلاء الدين البعلى ص ٧٤ .
(٣) البحر الزخار ٣٤٨/٣ والمحلى ٣٧٣/٨ والمغنى ٥٢٧/٣ والمقنع ٣٥/٢ .
(٤) المغنى لابن قدامة ٥٠١/٣ م ٣٧٨٦ .

أن المراد تحديد أمده بالمجلس فهو سائغ . جاء فى الهندية : من باع من آخر شيئا وقبض المشترى المبيع ومضى أيام فقال البائع للمشترى : أنت بالخيار ، فله الخيار ما دام فى المجلس . ذلك أن تأخر اشتراط الخيار عن وقت التعاقد كان قرينة على إلحاق خيار طارئ مقيد لاستدراك ما فات من تروٍّ وللتمكين من الفسخ بعد أن امتنع بسبب صدور العقد لازما ، فهذا بمنزلة « ما لو قال : لك الاقالة » [1] . أما لو قال – والحال نفسها – أنت بالخيار ثلاثة أيام فله ثلاثة أيام .

ثانيا – تأبيد الخيار :

من الشروط المفسدة : شرط خيار مؤبد فى البيع بأن قال (ابدا) أو (أياما) [2]

ثالثا – التوقيت بوقت مجهول :

من الشروط المفسدة : شرط خيار مؤقت بوقت مجهول سواء كانت جهالة متفاحشة ، كهبوب الرياح ومجيء المطر وقدوم فلان وموت فلان ووضع الحامل ونحوه . أم جهالة متقاربة ، كالحصاد والدياس وقدوم الحاج [3] .

رابعا – التحديد بما لا ينضبط :

ويشمل ذلك التحديد بهبوب الرياح ، أو نزول المطر ، وكل ما فى حكمها من الأمور التى لا يعرف زمن حصولها ، بل لا يعرف هل ستحصل أم لا .

---

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٣٨ نقلا عن المحيط .

(٢) البدائع ٥/١٧٤ و١٥٧ الفتاوى الهندية ٣/ ٣٨ البحر الرائق ٦/ ٥ .

(٣) البدائع ٥/ ١٧٤ الخرشى على خليل ٤/٢١ وقال : يستمر العقد لو اسقط الشرط(الدسوقى على الشرح الكبير ٣/ ٩٤ شرح الروض لزكريا الانصارى ٢/ ٥٠ والبحر ٦/ ٥ نقلا عن التتارخانية).

وهناك صور من التحديد لا تندرج فى التحديد بما لا ينضبط لوضوح المراد بها أو لأعراف غالبة تزيد ما بها من جهالة ، والأمثلة على ذلك كثيرة ، منها :

التحديد بمواقيت الشمس : لا نزاع بين الفقهاء فى صحة تحديد أمد الخيار إلى وقت طلوع الشمس أو لوقت غروبها ، أو لوقت زوالها ، لأن كلمة (وقت) توضح أن المراد الزمن المعلوم الذى يسهل التعرف إليه ولو لم تبزغ الشمس لغيم أو نحوه . أما إذا حددت مدة الخيار بطلوع الشمس مثلا – دون ذكر كلمة (الوقت) – فهو صحيح أيضا لأن المراد واحد . وقال بعضهم – ومنهم المهدى من الزيدية – لا يصح توقيته بطلوعها للجهالة لأنها قد تتغيم فلا يعلم الطلوع . وهذا مردود ، لأن طلوعها هو بروزها من الأفق ، كما أن غروبها هو سقوط القرص واحتجابه خلف الأفق . ولاشك فى صحة هذا الافتراض لا سيما فى أيامنا لسهولة معرفة مواقيت الشمس بوساطة التقويم والساعات . . [1]

وإذا اشترط الخيار (يوما) اقتضى الاطلاق اليوم الذى وقع فيه العقد وينظر فإن كان العقد نصف النهار مثلا ثبت له الخيار إلى أن ينتصف النهار فى اليوم الثانى – ويدخل الليل فى حكم الخيار للضرورة – وإن كان العقد فى أول وقت العصر ثبت إلى مثله من اليوم الثانى . وإن كان العقد فى الليل ثبت الخيار إلى غروب الشمس من اليوم المتصل بذلك الليل [2] .

التحديد بالحصاد أو الجذاذ : فيه احتمالان ، أحدهما : الصحة ، لتقاربه عادة . وهذا التحديد مألوف فى البلاد والمناطق الزراعية وأهل الزراعة يفضلون التحديد بذلك حذرا من الالتزام بموعد زمنى (باليوم المعين من الشهر) يعجزون عن الوفاء به .

---

(١) المجموع ٩/ ١٩١ البحر الزخار ٣/ ٣٤٩ البحر الرائق ٣/ ٣٤٩ الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩ الدسوقى على الشرح الكبير ٣/ ٩٤ .

(٢) المجموع ١٩١/٩ .

التحديد بالعطاء أو المرتّب : إن أراد وقت العطاء (وهو ما كان يعطى سابقا من الدولة للرعية بصورة هبات ثابتة) وكان وقته معلوما فهو صحيح أما إن أراد حصول العطاء نفسه فهو مجهول ولا يصح . وتحديد أمد الخيار إلى المرتب هو كذلك إن أراد وقته فهو صحيح ، لأنه معلوم.أما إن حدد إلى حصول قبضه حقيقة فذلك قد تمنع منه موانع فهو مجهول . . [1] .

المطلب الرابع

تمديد أمد الخيار

يرى الزيدية أن للعاقد أن يجدد مدة خيار الشرط عند مشارفتها على الانتهاء وتلك المسألة مبنية على مسألة أخرى هي صحة اشتراط الخيار بعد العقد . وان هذه الصورة المبنىّ عليها منصوص عليها عند الحنفية ، ويقتضى ذلك تسويغ ما بنى عليها . . ويشبه هذا ما ذكره الحنابلة من أنه لو شرط خيار يوم ، فمات أحدهما فى أثنائه فزاد وارثه (وخيار الشرط موروث عندهم) مع العاقد الآخر خيار يوم آخر جاز ذلك [2] .

المطلب الخامس

التفاضل فى مدة الخيار

لعل من البدهى جواز تفاوت المدة المشترطة لصالح كل من المتعاقدين كاشتراط يومين لأحدهما وثلاثة للآخر ، إذ ليس هناك مانع شرعى من هذا التفاضل فى المدة . وبانتهاء مدة أحدهما تطبق عليه وحده أحكام انتهاء المدة دون فسخ ، ويبقى للآخر الحق فى ممارسة خياره خلال المدة الزائدة له عن

---

(١) المغنى ٣/٥٢٧ – ٥٢٨ وتذكرة الفقهاء ١/ ٥٢٠ والبحر الزخار ٣/ ٣٤٩ والمقنع ٢/ ٣٥ والمجموع ٩/ ١٩١ .

(٢) التاج المذهب ٢/٤٠٨ والفتاوى الهندية ٣/٣٩ . والمغنى ٢/ ٤٦ .

صاحبه . ومع عدم حاجة ذلك إلى نص قد تعرض له النووى وابن نجيم فقال كل منهما « يصح تفاضلهما فى مدته »[1] .

المطلب السادس
البدء والغاية فى مدة الخيار

ابتداء مدة الخيار :

سبق أن عددنا من شرائط قيام الخيار . اتصال المدة بالعقد فمتى تبدأ تلك المدة المتصلة بالعقد ، هل من لحظة عقده أم من انتهاء خيار المجلس (عند القائلين به) .

للشافعية فى ذلك وجهان :

أحدهما — من حين العقد ، كالأجل ، لأنه مدة ملحقة بالعقد ولأنه لو اعتبر من حين التفرق صار أول مدة الخيار مجهولا لأنه لا يعلم متى يفترقان . وهذا هو الأصح عند الشافعية وأصح الوجهين لدى الحنابلة .

الثانى — من حين انقطاع خيار المجلس اما بالتخاير ، واما بالتفرق ، لأن ما قبل التفرق والتخاير قد ثبت فيه الخيار بالشرع فلا يثبت فيه بشرط الخيار .

وعلى هذا فإن شرطا الخيار من حين التفرق بطل البيع لأن وقت الخيار مجهول[2] وقد ذهب الطوسى من الامامية إلى أن مبدأ خيار الشرط هو انقضاء خيار المجلس بالتفرق . قال الحلى : والأقرب أن المبدأ من حين العقد[3] .

. . . . .

أما الاجارة (وهى قد تتصل بالعقد وقد تتراخى عنه بحسب الاتفاق) فالأصح أن ابتداء الخيار فيها من العقد أيضا فإن شرطا ابتداءه من

(١) المجموع ٩/ ١٩٠ البحر الرائق ٣/ ٣٤٩ .

(٢) المجموع ٩/٢١٣ – ٢١٤ المغنى ٣/٥٢٩ .

(٣) تذكرة الفقهاء ١/٥٢٠ الخلاف للطوسى ١/٥١٨ .

حين التفرق لم يصح إلاّ على الرواية القائلة بصحة الخيار المجهول [1].

الغاية في الخيار :

ان شرطا الخيار إلى الليل ، أو الغد (مثلا) فقد اختلف في دخول الغاية في مدة الخيار وهي (الليل) و(الغد) ، على رأيين :

أحدهما : أنها تدخل في المدة ، وهو مذهب الحنفية ورواية للحنابلة .

والثاني : لا تدخل ، وهو مذهب االشافعية وأصح الروايتين عند الحنابلة ، ومذهب الامامية[2] .

وتكفي هذه النبذة فإن مباحث الغاية مفصلة في علم الأصول عند التعرض لمعاني بعض الأدوات ، وكذلك في باب الوضوء من المطولات الفقهية .

قال النووي : وإذا قال : بعتك بشرط خيار يوم اقتضى إطلاقه اليوم الذي وقع فيه العقد . فإن كان العقد نصف النهار (مثلا) ثبت له الخيار إلى أن ينتصف النهار في اليوم الثاني ويدخل الليل . وإن كان في أول وقت العصر ثبت إلى مثله من اليوم الثاني وإن كان العقد في الليل ثبت إلى غروب الشمس من اليوم المتصل بذلك الليل . ونحوه للامامية[3] .

---

(1) المغني ٣/٥٢٩ .

(2) البحر الرائق ٦/٥ والمجموع ٩/ ٢٠٨ وشرح الروض ٢/ ٥٠ والمغني ٣/ ٥٢٩ والقواعد للبعلي ١٤٥ وتذكرة الفقهاء ١/ ٥٢٠ .

(3) المجموع ٩/٢٠٨ الخلاف للطوسي ١/٥١٩ .

المبحث الثالث

شريطة الاتصال ، والموالاة

المطلب الأول

اتصال المدة بالعقـد

والمراد بالاتصال أن تبدأ مدة الخيار من فور إبرام العقد ، أى لا يتصور أن تتراخى عنه ، فلو شرط المتعاقد أن الخيار ثلاثة أيام مثلا من آخر الشهر ، أو تبدأ من الغد ، أو تبدأ متى شاء . . أو شرط خيار الغد دون اليوم ، فسد العقد لمنافاته لمقتضاه والمراد بالمقتضى هنا : حصول آثاره مباشرة . هذا ما ذهب إليه الحنفيّة والشافعية والحنابلة ، قال النووى « ويشترط أن تكون المدة متصلة بالعقد . . . لا يجوز أن يشترط خيارا متراخيا عن العقد »[1] لكن الحنفية لا يبطلون هذا العقد لأنه يمكن تصحيحه نظرا لذهابهم إلى التفرقة بين البطلان والفساد ، والفاسد من العقود منعقد ويحتمل بعضه التصحيح ، وسبيل ذلك هنا اعتبار المدة الفاصلة بين العقد وبين المدة المحددة مشمولة بالشرط ، فقد ذكروا أن اشتراط خيار أيام غير متصلة بالعقد ، مثل ما لوكان العقد فى آخر رمضان واشترط خيار يومين بعد رمضان فهو جائز ، وله ثلاثة أيام (اليوم الآخر من رمضان واليومان مما بعده) . وهكذا يحمل كلامه على ارادة المدة المتصلة وما بعدها . أما إذا كان الاشتراط غير قابل للحمل على ذلك فهو عقد فاسد مستحق للفسخ بإرادة كل من العاقدين وبإرادة القاضي ، ومثاله فى الصورة السابقة – عند الشافعية – ما لو ذكر أنه لا خيار له فى رمضان ، وله كذا يوما مما بعده فالعقد فاسد[2] .

وقد خالف فى اعتبار هذا الشرط الإمامية والإباضية . قال الحلي فى التذكرة : « الأقرب عندي أنه لا يشترط اتصال مدة شرط الخيار بالعقد »

---

(١) المجموع للنووى ١٩١/٩ والبدائع ٣٠٠/٥ والمغنى ٥٠٢/٣ .

(٢) الفتاوى الهندية ٣٩/٣ (نقلا عن فتاوى قاضيخان ١٨٣/٢) والبحر الرائق ٦/ ٥ .

ولكنهم جروا على أن اشتراط الخيار على اطلاقه يقتضى اتصال المدة بالعقد . وكذلك اشتراط خيار الغد دون اليوم يقتضى الاتصال فيكون لليوم والغد . [١] وقال الشماخى من الاباضية : « إن اشتراط الليالى دون الأيام أو عكسه ، أو اشترط ثلاثة أيام معلومات فى المستقبل ، فهذا كله جائز » وقال أبو ستة : ثم الظاهر أن تلك المدة التى قبل مجيء الخيار حكمها فى الضمان والنفقة حكم الخيار ، فليحرر [٢] . وبهذا يكون الأمر بمثابة توسعة المدة لتشمل الفاصل . .

المطلب الثانى

موالاة مدة الخيـار

يتبع شريطة الاتصال شريطة أخرى يمكن تسميتها « الموالاة » لأن المراد بها : تتابع أجزاء مدة الخيار . فلو شرطا الخيار لمدة ثلاثة أيام على أنه يوما يثبت ويوما لا يثبت ففيه عند الحنابلة وجهان :

أحدهما – وهو اختيار أبى الوفاء بن عقيل : الصحة فى اليوم الأول ، لإمكانه ، والبطلان فيما بعده ، لأن العقد إذا لزم فى اليوم الثانى لم يعد إلى عدم اللزوم .

والوجه الآخر : (احتمال) بطلان الشرط كله ، لأنه شرط واحد تناول الخيار فى أيام ، فإذا فسد فى بعضه فسد جميعه [٣] .

المبحث الرابع

تحديد محـل الخيـار

يشترط أن يكون محل الخيار محددا ، ويثور ذلك فى حال تعدد المبيع واشتراط الخيار فى أحد مشتملاته مع الخلو عن اشتراط خيار التعيين المقارن

---

(١) تذكرة الفقهاء ٥٢٠/١ .

(٢) الايضاح للشماخى بحاشية أبى ستة ٢٩٤/٣ ونحوه فى النيل ٥٢٦/٢ وشرحه .

(٣) المغنى ٥٢٨/٣ .

لخيار الشرط . إذ لو لم يحدد محل الخيار ولم يشترط ما يسوغ له الاختيار لحصلت الجهالة المؤدية إلى التنازع [١] .

ومن هذا البيان يظهر أن هذه الشريطة من شرائط قيام الخيار خاصةٌ بحالة تعدد المبيع ، كما أنه متسق مع الرأي الذى لا يرى تلازما بين خياري التعيين والشرط ، أما عند من يرى أن خيار التعيين يستلزم ثبوت خيار الشرط فلا محل له.لكن الشافعية والامامية ذهبوا إلى أن تعيين محل الخيار شرط أساسى على إطلاقه ، ذلك أنهم لا يرون مشروعية خيار التعيين ، ولذا نصوا على أنه لو باعه شيئين وشرط الخيار فى أحدهما لابعينه لم يصح الشرط ولا العقد ، لأنه خيار مجهول المحل وغرر ، فيكون منفيا ، وقدّروه بمنزلة ما لو باعه أحدهما لا بعينه [٢] .

المبحث الخامس

شريطة تعين مستحق الخيـار

مستحق الخيار أو صاحب الخيار هو ذلك الشخص الذى يكون إليه استعمال الخيار وممارسته سواء كان هو مشترطه أو خوّل إليه من العاقد الآخر ، وسواء كان طرفا فى العقد أم كان أجنبيا عنه . وإن لصاحب الخيار موطنا للحديث عنه بالتفصيل ، لكن المراد بحثه هنا هو أنه لا يصح تطرق الجهالة إلى مستحق الخيار ، فلو اتفق العاقدان على أن الخيار لأحدهما لا بعينه ، ولم يبينا هل هو البائع أم المشترى أو تعاقدا على أن يكون الخيار لشخص ما يعينه أحدهما فيما بعد أو لمن يشاء أحدهما ، فهذا كله فيه جهالة مفضية للنزاع . ولذا صرح ابن قدامة بأنه لا يصح ، لأنه مجهول ولأنه يفضى إلى التنازع [٣] لذا كان لابدّ من تعيين مستحق الخيار تعيينا مشخصا أهو للبائع أو للمشترى ،

---

(١) المبسوط للسرخسى ٦٧/١٣ .

(٢) المجموع للنووى ١٩٣/٩ وتذكرة الفقهاء ٥٢١/١ .

(٣) المغنى ٤٩٩/٣ م ٢٧٨٠ والمجموع ٢٠٧/٩ وفيه أنه لو شرط الخيار لأحدهما دون الآخر في صحة البيع قولان ، الأصح : الصحة .

وكذلك تعيينه بالذات إن كان أجنبيا عن العقد وعدم الاكتفاء بذكر الصفة (مثلا) كقوله على أن يكون الخيار لأحد التجار أو الخبراء دون تحديد . .

وسيأتى عند بحث صاحب الخيار ما بقى من المسائل المتصلة بهذه الشريطة .

الفرع الخامس

مجال الخيـار

(ما يثبت فيه خيار الشرط)

تمهيـد :

خيار الشرط أوسع الخيارات مجالا ، ودائرة العقود التى يجرى فيها هى الكبرى لدى المقارنة بينه وبين الخيارات الأخرى . وبوجه عام يجرى خيار الشرط فى أكثر العقود المسماة ، [1] ويلحظ أن خيار المجلس – عند مثبتيه – هو الخيار الوحيد الذى يضاهى خيار الشرط يلازمه غالبا ، أو يقاربه فى سعة المجال .

وأول ما ينبغى الإشارة إليه أن خيار الشرط لا يثبت فى غير العقود ، فلا مجال له فى الايقاعات ، كالاقرار مثلا ، لأنه ليس عقدا . بالاضافة إلى أن الاقرار إخبار عن أمر مضى ولا معنى للخيار فيه (والعقود للانشاء) فلو شرط فيه الخيار فالاقرار صحيح والخيار باطل عند الحنفية ، لأن الخيار فى معنى التعليق ، والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل التعليق بالخيار . وعلى هذا الشافعية والامامية « لأن مشروعية الفسخ لابد لها من دليل ، وقد وجد فى العقود من جهة مشروعية الاقالة . . .بخلاف الايقاعات فانه لم يعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك

(١) المبسوط للسرخسى ١٩٨/١٧ والمجموع ٢٠٦/٩ والمعاملات الشرعية لأحمد ابراهيم ١٠٨

فيها . وبالجملة فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعى سببا بناء على أن اللزوم فى الايقاعات حكم شرعى كالجواز فى العقود الجائزة » [1] .

المبحث الأول

ضابط مجال خيار الشرط

ثم ان العقود التى يمكن فيها وقوع خيار الشرط هى العقود اللازمة القابلة للفسخ ، لأن فائدته انما تظهر فيها فقط . أما العقود غير اللازمة فهى بما تتصف به من طبيعة عدم اللزوم لا فائدة لاشتراط خيار فيها . وأما العقود التى لا تقبل الفسخ فيتعذر قيام الخيار فيها لأنه يناقض طبيعتها .

ولتفصيل العقود اللازمة القابلة للفسخ لابد من استعراض العقود عامة من حيث صلتها بخيار الشرط فهى بالنظر إلى اللزوم والفسخ تنقسم إلى ثلاث رمز [2] .

الأولى : عقود ممتنعة الفسخ بطبيعتها كالزواج والخلع (بالنظر إلى جهة الرجل) والصلح عن الدم . فأمثال هذه العقود لا معنى لدخول الخيار فيها ، لأنها غير قابلة للفسخ وفائدة خيار الشرط هى التمكن من الفسخ ، وهو هنا متعذر ، أو كما قال ابن قدامة : هى لازمة لا يقصد بها العوض ، لأن الخيار انما يثبت لمعرفة كون الحظ فى كون العوض جابرا لما يذهب من ماله والعوض ها هنا ليس المقصود » [3] .

---

(١) المكاسب ٢٣٣ .

(٢) أتى بهذا التقسيم الشيخ أحمد ابراهيم فى المعاملات الشرعية ص ١٠٧ وأضيفت إليه أمثلة من تقسيم للعقود بحسب اللزوم ، فى القواعد للعزّ بن عبد السلام (٢ /١٢٥) ويرجع فى التصرفات التى تحتمل الفسخ أو لا تحتمله إلى الهداية ٢٣/٣ والوجيز ١/ ١٤٠ والمحلى ٨/ ٣٥١ والمقنع لابن قدامة ٦٣/٢ .

(٣) المجموع ١٧٥/٩ قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢٥/٢ والمعاملات الشرعية للشيخ أحمد ابراهيم ١٠٨ والمدخل الفقهى ف/١٩٧ وتذكرة الفقهاء ٥١٦/١ والمغنى ٥٠٥/٣ م ٢٧٩٤ .

الثانية : عقود غير لازمة :

وهى العقود التى يحق لكل واحد من الطرفين أو لأحدهما – الانفراد بفسخها وتسمى أيضا عقودا جائزة ، والجواز هنا مقابل اللزوم ، مثل الوكالة ، والشركات (ومنها المضاربة وهى القراض) ، والجعالة ، والاعارة ، والايداع ، وكذلك الرهن (بالنسبة للمرتهن) ، والوصية (بالنسبة للموصى) ، والكفالة (بالنسبة للمكفول) . ولا مدخل لخيار الشرط فى هذه الزمرة أيضا ، لأن الخيار إنما يكون لتحصيل ما لا يمكن الحصول عليه بدونه فثبوته فيها – وهى ممكنة الفسخ – عبث ، والتشريع منزه عنه .

الثالثة : العقود اللازمة القابلة للفسخ :

وهى العقود التى يمكن فسخها ، ولكن لا يحق لأحد من الطرفين الاستقلال بالفسخ ، فشرع الخيار لاعطاء هذا الحق لمشترطه ، وذلك كالبيع ، والصلح عن مال بمال والاجارة والقسمة فهذه الزمرة هى المجال الأساسى لخيار الشرط ، فهو يثبت فيها جميعا عدا استثناءات بسيطة .

ومن هذا التقسيم فى العقود استخلص الحنفية ضابطا لما يثبت فيه خيار الشرط منه وهو : كل عقد لازم قابل للفسخ ، بعد استثناء الصرف والسلم وبيع الربوى بجنسه . والعقود التى يشملها ذلك (بأوسع المذاهب اعتبارا ، مع الاشارة لذوى الخلاف) هى : البيع – الاجارة ، وقيدها الشافعية والحنابلة بالتى فى الذمة – المساقاة – المزارعة – القسمة ، وقيدها الشافعية بحالة وجود رد فيها لا فى قسمة الاجبار – الصلح عن مال وهو صلح المعاوضة – الكفالة ، خلافا للحنابلة – الحوالة ، خلافا للشافعية والمالكية والحنابلة – الابراء ، خلافا للشافعية – تسليم الشفعة بعد الطلبين : طلب المواثبة ، وطلب الاشهاد ، خلافا للمالكية والشافعية والحنابلة – الرهن بالنسبة

للراهن (المدين) والخلع بالنسبة للزوجة – والوقف ، عند أبي يوسف – والاقالة ، خلافا للشافعية . . [1] .

هذا ، وقد ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية – فيما اختاره من فقه الحنابلة وغيرهم – إلى أن خيار الشرط يثبت فى كل العقود [2] . ولعل المراد العقود اللازمة .

وعند الامامية أيضا قول ذهب إليه الحلّى فى تذكرة الفقهاء قائلا والأقرب عندى دخول خيارالشرط فى كل عقد معاوضة ، خلافا للجمهور . قال الأنصارى فى كتاب المكاسب :ومراده ما يكون لازما لأنه صرّح بعدم دخوله فى الوكالة والجعالة والقراض والعارية والوديعة ، لأن الخيار لكل منهما دائما فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه . .
ثم قال : بل الظاهر المصرّح به فى كلمات جماعة دخوله فى غير المعاوضات من العقود اللازمة ولو من طرف واحد[3] .

المبحث الثـانى

تطبيق الضابط فى بعض العقود

ولابد من التعرض لبعض العقود التى لها تجاه خيار الشرط شأن خاص ثبوتا أو امتناعا ، وما فى هذين من تعليل أو تقييد ، بالنظر إلى الضابط المذكور وهو ثبوته فى كل عقد لازم للفسخ :

---

(١) «البحر» الرائق وحاشيته لابن عابدين ٦/ ٤ الاشباه والنظائر لابن نجيم ٣٢٧/١ وقد نظم ابن عابدين فى حواشيه على البحر ما يثبت فيه خيار الشرط ، مستدركا على عمر بن نجيم فقال :

يصح خيار الشرط فى ترك شفعة ، وبيع ، وابراء ، ووقف ، كفالـه
وفى قسمة ، خلع ، وعتق ، اقالة وصلح عن الأموال ، ثم الحواله
مكـاتبة ، رهن ، كذاك اجـارة ، وزيـد مساقاة ، مزارعة لـــه

(٢) الاختيارات ، لبدر الدين البعلى (جمع فيه ما اختاره ابن تيمية فى الفقه) ص ٧٣ – ٧٤ مطبوع عقب الجزء الرابع من فتاوى ابن تيمية ، طبع مصر.

(٣) تذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ والمكاسب ٢٣٣ .

(أ) **البيــع** : هو المجال الأساسى لخيار الشرط ، وهذا إذا تناولنا البيع بمفهومه الخاص الذى هو بيع دين بثمن ، وعكسه بحيث يقتصر على البيع والمقايضة من غير تناول بيع الدين بالدين (السلم) وبيع الثمن بالثمن (الصرف) ونحوه بيع الربوى بجنسه أما إذا تناولناه بالمعنى العام الشامل فيستثنى منه بعض أفراده كما سيأتى . وجريان الخيار فى البيع اتفاقى ، لأنه هو العقد الذى وردت فيه اخبار مشروعيته ، والبيع عقد لازم قابل للفسخ (بطريق الاقالة) فهو يقبل الفسخ بخيار الشرط . بل يدخل الخيار فى البيع الفاسد كما هو نص الهداية للمرغينانى ، كما لا فرق بين كون البيع بيع مساومة أو بيع أمانة كالمرابحة وأخواتها . . (١) .

أما المستثنيات من البيع فهى : السلم والصرف وبيع الربوى بجنسه وقد عبر عنها بعض الحنابلة بقوله : كل بيع قبض عوضه شرط لصحة العقد (٢) ، وهى عقود يبطلها خيار الشرط إن لم يحصل اسقاطه فى المجلس قبل التفرق (٣) وقد نبه ابن عابدين على أن استثناء السلم والصرف مخل بالضابط وهو ثبوته فى العقد اللازم المحتمل الفسخ فهما كذلك (٤) .

(ب) **الســلم** : بالرغم من أنه عقد لازم قابل للفسخ ، لا يثبت فيه خيار الشرط لأن قبض رأس المال واجب فى المجلس لورود النهى من الشارع عن بيع الدين بالدين (أو الكالئ بالكالئ) ولا صحة للقبض الاّ فى الملك ، وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك فيمنع المستحق صحة القبض ، فلذا اشترط فى عقد السلم : أن يكون باتا عاريا عن شرط الخيار . وقد ورد خيار الشرط فى بيع العين فبقى ما وراءه على أصل المنع ، والخيار شرع لدفع الغبن ،والسلَم مبناه على الغبن ووكس الثمن ، لأنه بيع المفاليس فلم يكن فى

---

(١) الهداية ٣٦٧/٥ بهامش الفتح .
(٢) المقنع وحواشيه ٣٥/٢ .
(٣) المنتزع المختار شرح الأزهار ١٠٤/٣ والبدائع ٢٠١/٥ .
(٤) حواشى ابن عابدين على البحر ٤/٦ .

معنى مورد النص [1] . وقد ذهب المالكية إلى جوازه فى السلم إلى أجل قصير ، وكذلك ذهب الامامية إلى ثبوته فى السلم [2] .

(ج) **الصرف** ، وبيع الربوى بالربوى : وذلك لأن من شرائط صحتها تقابض البدلين ، ووقوع الخيار فيهما « يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم ، فيمنع صحة القبض » أى لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه (على الرأيين) وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذى يحصل به التعيين . فإذا أسقطا الخيار قبل أن يتفرقا فقد افترقا عن قبض تام فيصح الصرف [3] .

وقد خالف فيه الامامية فقد جزم الحلى فى التذكرة بدخوله فى الصرف ، وان استشكله أولا [4] . ويدخله خيار الشرط عند الزيدية لكن يبطل السلم ! [5] .

(د) **الاجـارة** : وقد قيدها الشافعية والحنابلة بالتى فى الذمة ، أما الاجارة المعينة فيدخلها الخيار إذا كانت لمدة غير تالية للعقد . أما إن كانت لمدة تبدأ من فور العقد فلا يصح شرط الخيار فيها ، لأنه يُفضى إلى فوات بعض المنافع ، أو إلى استيفائها فى مدة الخيار ، وكلاهما غير جائز وفى وجه للحنابلة : تجوز فى المدة التالية للعقد أيضا ، فإن فسخ رجع بقيمة المنافع [6] . وذهب الامامية إلى دخوله فى نوعى الاجارة : المعينة اتفاقا ،

---

(١) البدائع ٥/ ٢٠١ المعاملات الشرعية ١٠٧ المبسوط ١٤/ ٢٤ المقنع وحواشيه ٢/ ٣٥ المجموع ١٩٢/٩ المغنى ٥٣١/٣ .

(٢) تذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ والمدونة ٢١/١٠ والمواق ٤٢٢/٤ والمقدمات لابن رشد ١٩٠/٢ وذلك لقولهم بجواز تراخى قبض رأس المال عن المجلس إلى أجل قصير.

(٣) البدائع ٢٠١/٥ وفتح القدير ٣٦٧/٥ والمبسوط ٢٣/١٤ والمجموع ١٧٧/٩ و ١٩٢ والمغنى ٥٣١/٣ وشرح مرشد الحيران ١٨٨/١ .

(٤) تذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ والمكاسب ٢٣٤ .

(٥) شرح الأزهار ١٠٤/٣ .

(٦) البدائع ٢٠١/٥ والمجموع ١٩٢/٩ والمغنى ٥٣١/٣ .

والتى فى الذمة على ما اختاره الطوسى [1] .

هـ - الحوالة : بالرغم من الاتفاق على أن الحوالة عقد لازم ، فقد اختلف فى قبولها خيار الشرط على رأيين :

الأول : تقبله ، وعليه الحنفية والامامية - رغم تصريحهم بأن الحوالة عقد لازم - فيجوز عندهم اشتراط الخيار فى الحوالة لكل من المحال أو المحال عليه - وهما اللذان يجب رضاهما فى عقدها ، أما المحيل - ورضاه غير واجب فى الأصح - فليس له اشتراط الخيار أصالة أى باعتباره طرفا فى العقد ، أما ان اشترط له كما يشترط لأجنبى من قبل أحد العاقدين بأن اشترطه له المحال أو المحال عليه فيجوز ولكن تطبق أحكام الاشتراط لأجنبى وهى ثبوته له على وجه النيابة فيكون له وللمشترط .

الثانى : عدم قبولها لخيار الشرط ، وهو مذهب الشافعية والحنابلة ، لأن عقد الحوالة لم يبن على المغابنة . وذكر ابن قدامة احتمالا بثبوته فيها ، لأنها معاوضة يقصد فيها العوض [2] .

و- **القسمة** : اختلف الرأى فيها بحسب النظر إليها هل هى بيع ، كما قال الحنفية ، أم هى تمييز حقوق كما يرى الشافعية والحنابلة والزيدية ، ومفاد مذهب المالكية والاباضية . ومن أثبت خيار الشرط فيها من الحنابلة احتج بأن خيار الشرط لم يشرع خاصا بالبيع ، بل هو للتروى وتبين أرشد الأمرين ، وهذا المعنى موجود فى القسمة .

والقسمة أنواع : قسمة الأجناس المختلفة ، وهى قسمة تراض لا إجبار فيها - وقسمة الجنس الواحد من المثليات ، وهى تقبل الإجبار ولا يدخلها خيار الشرط - وقسمة الجنس الواحد من القيميات كالبقر والغنم أو

---

(1) تذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ والخلاف للطوسى ٥٠٩/١ .

(2) البحر الرائق ٢٧٢/٤ وردِ المحتار ٤٨/٤ والمهذب ٣٣٨/١ والمغنى ٥٤/٥ والمقنع وحواشيه ٣٤/٢ والروضة البهية ٣٦٦/١ وتذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ .

الثياب من جنس واحد وهى تقبل الإجبار ويدخلها خيار الشرط على الصحيح المفتى به [1] .

ز - **الكفالة** : يدخلها خيار الشرط عند الحنفية والامامية خلافا للمالكية والشافعية والحنابلة وللكفالة خصيصة فى باب خيار الشرط من حيث التوقيت إذ يجوز فيها أكثر من ثلاثة أيام عند أبى حنيفة خلافا لمذهبه فى اشتراط التحديد بالثلاث ، لأن الكفالة عقد مبنى على التوسع[2].

(ح) **الوقف** : وذلك عند أبى يوسف ، فقد ذهب إلى أن الواقف إذا شرط فى الوقف الخيار لنفسه مدة معلومة جاز الوقف والشرط ، وأما عند محمد ، فالوقف باطل وشرط الخيار فاسد وهو قول الشافعى وأحمد[3] ونحوه للزيدية .

والعلة فيما ذهب إليه أبو يوسف - على ما صوره السرخسى وتابعه صاحب العناية - أن جعل غلة الوقف للواقف مادام حيّا جائز عند أبى يوسف - خلافا لمحمد - فلما جاز للواقف أن يستثنى الغلة لنفسه مادام حيّا جاز له أن يشترط الخيار لنفسه أيضا .

أما ابن الهمام فقد ذهب إلى تعليل آخر ، ربما كان أقوم قيلا ، فالمسألة عنده مبنية على أصل آخر مختلف فيه بين الصاحبين هو شرط التسليم ، فان محمدا لما شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف - ولم يكتف بمجرد القول لزوال ملكه عن الموقوف كما قال ابو يوسف - فشرط القبض يفوت باشتراط الخيار لأنه لا يتصور معه تمام القبض ، وعلى ما ذهب إليه أبو يوسف من عدم اشتراط القبض انبنى عليه جواز شرط الخيار عنده ولكن اتفق الصاحبان على

---

(١) رد المحتار ١٦٧/٥ وجامع الفصولين ٢٤٣/١ وبلغة السالك ٢٣٨/٢ والمدونة ١٩٨/١٤ ومغنى المحتاج ٤٢٤/٤ والقواعد لابن رجب ٤١٣ والبحر الزخار ١٠٤/٤ .

(٢) المبسوط ١٩٩/١٧ المجموع ١٧٧/٩ كشاف القناع ٢٠٣/٣ البحر الزخار ٣٤٩/٣ .

(٣) رد المحتار ٣٦٠/٣ المغنى ٥٣١/٣ البحر الرائق ٤/٦ المجموع ١٧٧/٩ وكشاف القناع ٣/ ٢٠٣ الاشباه بحاشية الحموى ١/ ٣٢٨ .

أنه لو شرط الخيار فى وقف المسجد يفسد الشرط ويتم الوقف بناء على استثناء المسجد من شرط القبض عند محمد .

وأما ذهاب محمد إلى أن شرط الخيار فى الوقف مفسد ، وكان ينبغى أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لأنه شرط فاسد فلا يؤثر فى المنع من الزوال ، على ما قال الهندوانى ، فقد أجاب هو نفسه بأن محمدا يقول بتمام الرضا والقبض ومع شرط الخيار لا يتم ذلك فيبطل الوقف كالاكراه على الوقف . بل ذهب محمد أيضا إلى أن إبطال شرط الخيار لا يصحح الوقف – خلافا للحال فى البيع – وقد جاء تعليله فى فتاوى قاضيخان [١] بأن الوقف لا يجوز الاّ مؤبدا والخيار يمنع التأبيد ، وكان شرط الخيار شرطا فاسدا فى نفس العقد ، فكان المفسد قويا مانعا لجواز العقد ، وليس الأمر كذلك فى عقد البيع مع خيار مجهول مثلا ، لأن الفساد ليس فى صلب العقد ، فإذا أسقطه قبل الثلاث جاز .

وذكر الخصاف وهلال الرأى بطلان اشتراط الخيار فى الوقف بأن يكون إبطاله له أو لأجنبى متى بدا له [٢] . والحنابلة والامامية على امتناع شرط الخيار فى الوقف [٣] .

المبحث الثالث

مناقشة دعوى تطور مجال الخيار

تتميا للبحث فى مجال خيار الشرط رأيت التعرض لعبارة وقفت عليها للأستاذ شفيق أيوب فى دراسته لخيار الشرط فى المذهب الحنفي قال فيها عن العقود التى يجرى فيها الخيار : فهى أربعة عند السمرقندى ، وثمانية عند ابن

---

(١) ونقله صاحب العناية دون عزو أما ابن الهمام فعزاه (فتح القدير وبهامشه العناية ٤٤١/٥) .

(٢) كتاب الوقف للخصاف ١٢٦ ، كتاب أحكام الوقف لهلال الرأى ٨٤ (طبع الهند) كتاب الوقف للشيخ عشوب ٢٨ الاسعاف فى أحكام الأوقاف للشيخ محمد قدرى ١١ .

(٣) المغنى ٥٣١/٣ .

قاضى سماوة وخمسة عشر عند ابن نجيم . ثم قال : « ويبدو أن الأمر قد تطور على مر الزمن » !

والتطور الذى ذكره الكاتب ، ان كان أراد منه تطويع الشريعة بحسب الأهواء وتبديلها على تمادى الزمن لاعتبارات طارئة فذلك لا نجد له موطئ قدم فى الفقه الاسلامى لأنه تشريع سماوى ليس للفقهاء فيه الاّ استنباط الأحكام من دلالة النصوص أو القياس على عللها . ولئن كانت بعض المسائل متأخرة الاستنباط بحسب التوقيت الزمنى للحاجة إليها فتلك مرونة فى الفقه وسعة فيه لما اختصت به مبادئه السماوية ، وليس تبديلا لأحكامه بحسب الهوى والرغبات ولا تقلبا فى أطوار كما حدث ولا يزال يحدث فى الشرائع الوضعية .

ثم ان هذه المسألة مما لا يصح فيها إطلاق هذا الحكم – مهما كان المراد منه – لأنها تتصل بطبيعة الخيار وملاءمته لنوع معين من العقود وليست طبيعة الخيار ولا صفة تلك العقود موضع تبدل وتطور حتى يسمى مثل ذلك تطورا ، وليس خيار الشرط مما ابتنى على العرف حتى تدار أحكامه عليه ، بل هو متصل بحكم العقد لزوما وجوازا وقبولا للفسخ فالعقد اللازم القابل للفسخ يجرى فيه خيار الشرط . وكيف يكون عقد ما فى فترة غير قابل للفسخ ثم يقبل الفسخ ، إن مقتضى ذلك أن العقد نفسه أيضا تطور وهو أمر متعذر فى تشريع سماوى انقطع وحيه . كل ما فى الأمر أن المصنفات الفقهية تتفاوت فى توفية الأبحاث حقها ، فبعضها يقتصر على المهم أو الأشهر أو السالم من الخلاف وبعضها – وخاصة كتب المتأخرين – مولع بالتتبع والجمع والاستيعاب .

وهذا يغنينا عن التطويل فى مناقشة العبارة المذكورة لأنه ينطبق بجلاء على مقارنة عبارة ابن قاضى سماوة بعبارة ابن نجيم ، لأن ابن نجيم نقل عبارة جامع الفصولين لابن قاضى سماوة حرفيا – وهى مشتملة على ثمانية عقود – ثم

أضاف إليها سبعة أخرى يلوح فى عباراتها جهد التتبع والتنقيب عنها فى مراجع سابقة متقدمة فى التأليف على عهد ابن نجيم – بل على عهد ابن قاضى سماوة – نفسه – بأزمان طويلة . فأول ما زاده ابن نجيم الاشارة إلى جواز اشتراط الخيار للراهن لا للمرتهن ، ولعل من قبله تركه لعدم صلوحه للعاقدين بل لأحدهما وهو الراهن . ثم جاء فيما زاده : الابراء وتسليم الشفعة منقولين عن فخر الاسلام ، وعصره قبل ابن قاضى سماوة نفسه ، لكن إضافته كانت ثمرة تتبع ابن نجيم وغوصه . ثم زاد (الوقف) ونص على أنه قول أبى يوسف ، ففيه إذن خلاف يظهر به لتاركى ذكره عذرهم ، ثم قال ابن نجيم : « وينبغى صحته فى المزارعة والمعاملة (أى المساقاة) لأنها اجارة » فهما إذن مما يندرج تحت الاجارة المذكورة باتفاق . ولم يبق مما أضافه ابن نجيم ويعتبر زيادة محضة الاّ الكفالة والحوالة ، ولعل الملحظ عند من ترك ذكرهما أنهما ليست لهما أهمية العقود الأخرى ، لأنهما عقدان للتوثيق وحفظ الحقوق ، ويندر فيهما اشتراط الخيار لأنه يضعف الغرض منهما كما هو ظاهر.

ولم يقتصر التنقيب على صنيع زين الدين بن نجيم وحده ، بل شاركه فيه آخرون منهم أخوه عمر بن نجيم صاحب «النهر الفائق» فقد زاد فى كتابه : الاقالة ناقلا ذلك عن الفتاوى البزازية لابن البزاز (المتوفى سنة ٨٢٧ هـ) وهو سابق لابن نجيم ، فلو كان تطورا لما احتاج صاحب النهر للاعتماد على ذلك المرجع ولجاء به من عنده .

أما عبارة أبى الليث التى استشهد بها الأستاذ أيوب من كتاب خزانة الفقه من مخطوطته بدار الكتب المصرية ، فقد لبثت مدة أحملها على المحمل العام الذى لابد من التعويل عليه فى أى مقارنة تجرى بين كتاب متقدم وآخر متأخر ، لكن أسلوب الحصر الذى جاءت به عبارة أبى الليث ظل ينتظر مزيدا من التأمل حتى عثرت على كتابه « خزانة الفقه » بعد أن طبع [1] ، فإذا

---

(١) طبع فى بغداد بتحقيق الدكتور صلاح الدين الناهى ، والنص فى صفحة ٢٩٩ .

بهذه العبارة قد سيقت فى كتاب الأستاذ شفيق أيوب على غير مساقها فى كتاب المؤلف أبى الليث فقد نقلها الكاتب على أنها من باب (الخيار) [١] بلفظ « الخيار لا يثبت الاّ فى أربعة أشياء : البيع . الاجارة . القسمة . الصلح . من دعوى المال على شىء بعينه » وهذا النص نفسه جاء فى كتاب أبى الليث تحت عنوان (خيار الرؤية) بالعبارة الحرفية التالية « أما خيار الرؤية فلا يثبت الاّ فى أربعة أشياء ، فى البيع والاجارة والقسمة والصلح من دعوى المال على شىء بعينه » . فهو متعلق بخيار الرؤية ولا صلة له البتة بخيار الشرط . ويقف الناظر حيران كيف وقع هذا الوهم الغريب العجيب ، وكيف استثمر فى الوصول إلى نتيجة خطيرة لا تتفق ومناهج الاستنباط فى الشريعة .

الفرع السادس

صاحب الخيـار

المبحث الأول

اشتراط الخيار للمتعاقدين

لقد رأينا أنه لابد أن يشتمل العقد على بيان شاف لمن يكون له الخيار من المتعاقدين حذرا من الجهالة المنافية لصحة العقد لافضائها إلى التنازع ، ورأينا أنه لو شرط الخيار لأحد المتعاقدين لا بعينه لا يصح للسبب المذكور إذ يدعى كل منهما أنه المستحق للخيار وقد جاء النص على هذا عن الشافعية والحنابلة ، مع غناه عن البيان اعتمادا على الأصول العامة [٢] . ومن المقرر أنّ خيار الشرط يصح اشتراطه لأى واحد من المتعاقدين أو لكليهما (ففي البيع مثلا : للبائع والمشترى) . وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، ولا يعرف فى

---

(١) هذا التبويب حين يطلق ينصرف إلى خيار الشرط ، لكن العنوان كثيرا ما يجتزأ اعتمادا على ما يفصل تحته أو على السياق كما هنا .

(٢) الشرح الكبير على المقنع ٦٩/٤ .

ذلك خلاف ، الاّ ما روى عن سفيان الثورى وابن شبرمة من أنه يختص بالمشترى وليس للبائع أن يشترطه لنفسه (ومقتضى هذا النقل عنهما أن مجال الخيار عندهما هو عقد البيع فقط) وعند هذين إذا اشترطه البائع فسد العقد [1] .

ومما ذكر من الاستدلال لهما أن مقتضى النظر منع الخيار مطلقا – كما هو الحال فى العقد المعلّق على أمر مستقبل – فلما ورد الشرع بجوازه للمشترى اقتصر عليه – تخفيفا لمخالفة الأصول المقتضية منع الخيار – وبقى البائع على المنع وقد ردوا على هذا الاستدلال بأن الصواب ثبوته للبائع أيضا قياسا له على المشترى . . وأجاد ابن الهمام أيضا فى رده على هذا المذهب بأن فى حديث حبان : « إذا بايعت » ولفظ (التبايع) يشمل البائع والمشترى [2] . وهذا لا يستقيم الاّ على القول بعموم حديث حبان ، وقد سبق الكلام عنه .

وفى اشتراطه للعاقدين أو أحدهما لا فرق أن ينشأ الاشتراط من العاقد لنفسه أو منه للعاقد الآخر وهو أمر يحصل كثيرا إذ يجعل البائع الخيار للمشترى كما لو قال البائع بعت لك هذا الشيء على أنك بالخيار فإذا صدر القبول من المشترى كان الخيار له ، ويثبت الخيار لمن اشترط له وحده دون العاقد المشترط الاّ إذا شرطه لنفسه أيضا ورضي الآخر [3] .

المبحث الثانى

اشتراط الخيار للأجنبى عن العقد

فضلا عن صحة اشتراط الخيار للعاقدين يصح اشتراطه لأجنبى ، سواء وقع الاشتراط منهما ، أو من أحدهما ، وسواء كان الأجنبى المشترط له الخيار شخصا واحدا للعاقدين كليهما أو كان عن كل منهما شخص غير من

---

(١) المحلى ٣٧٠/٨ م ١٤٢٠ مكرر والمغنى ٥٢٤/٣ ط ٤ فتح القدير ٥٠٠/٥ .

(٢) البحر الزخار ٣٤٨/٣ وفتح اقدير ٥٠٠/٥

(٣) رد المحتار ٥٨/٤ والمدخل إلى الفقه الاسلامى للدكتور مصطفى شلبى ٤٧١ .

اشترطه الآخر ، على ما نص عليه الشافعية وهو غير محتاج إلى نص عن غيرهم لأن دلائل الجواز تشمله .

وأصل هذا الحكم (صحة الاشتراط لأجنبى) موضع اتفاق بين المذاهب الأربعة وعليه الزيدية والامامية والاباضية على أن يكون المجعول له الخيار ممن يجوز قوله - لا كالطفل غير المميز - والاّ بطل الخيار ثم تختلف المذاهب فى نتيجة جعل الخيار لأجنبى كما سيأتى تفصيله (١) .

ومستند هذا الحكم عند الحنفية الاستحسان ، فهو على خلاف القياس ، ولذا خالف فيه زفر مستدلا بأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه ، فلا يجوز اشتراطه لغير العاقدين ، كما لا يجوز اشتراط ملك المبيع لغير المشترى وهو أيضا تعليق لانبرام العقد أو انفساخه على فعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك، كما أن القول بمنعه فيه مشاكلة لما عليه الحال فى خيار الرؤية وخيار العيب حيث لا يكونان لأجنبى .

واستدل القائلون بالجواز بأن ثبوته بالاستحسان لمسيس الحاجة إليه ، لأن فيه مصلحة ظاهرة حين يكون المتعاقد قليل الخبرة بالأشياء ويخشى الوقوع فى الغبن فيلجأ إلى من هو أبصر منه ويفوض إليه الخيار . وفضلا عن هذا ان ثبوت الخيار للأجنبى ليس أصالة بل هو بطريق النيابة عن العاقد الذى جعله له - على ما ذهب إليه الحنفية والجمهور - فيقدر الخيار للعاقد اقتضاء ثم يجعل الأجنبى نائبا عنه ، تصحيحا لتصرف العاقد (٢) .

وقد تعرض الشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن من صور اشتراط الخيار للأجنبى اشتراطه لمحل الخيار (المبيع نفسه مثلا) وذلك إذا كان المبيع من أهل الاستحقاق ، والتطبيق الوحيد لهذا مختص بالرقيق لإتاحة الفرصة له بالبقاء

---

(١) فتح القدير ٥/٥١٦ والبدائع ٥/١٧٤ والمجموع ٩/١٩٦ وبداية المجتهد ٢/٢١٢ وشرح النيل ٤/٥٥١ وفى مغنى المحتاج ٢/٤٦ ونهاية المحتاج ٤/٥ « أنه يشترط البلوغ فى الأجنبى المجعول له الخيار » وفى حاشية الجمل على شرح المنهج ٢/١١١ توجيه اشتراط الرشد فى ذلك الأجنبى .

(٢) البدائع ٥/١٧٤ وفتح القدير ٥/٥١٦ - ٥١٧ ورد المحتار ٤/٥٨ .

عند سيده إذا اختار فسخ العقد وهو جائز لدى الشافعية فى أضح القولين ، والحنابلة أيضا ، والدليل لصحته أنه بمنزلة الأجنبى عن العقد فأشبه غيره [1] .

فإذا جعل الخيار لأجنبى ، فما هى صفة هذا الجعل؟ وما أثره؟ للفقهاء فى هذه المسألة وجهتان :

إحداهما : أنه يعتبر بمثابة توكيل لغيره يقتضى ثبوت الخيار لنفسه ، فالخيار للعاقد والأجنبى معا . وهذا مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية والاباضية (وفى كيفية التوفيق بين اختلاف استعمالها للخيار أربعة أقوال ترى فى محلها) وقد ذكر الإمام المهدى من الزيدية أن ثبوته للأجنبى وحده دون العاقد مما لا يعقل لعدم العلقة بين قضية التعاقد وبين الأجنبى ، فصلته نشأت بطريق النيابة فيكون شرطه للأجنبى متضمنا ثبوته للعاقد الذى ناطه بالأجنبى ، بل ان الحنابلة جعلوا الخيار لهما أيضا فيما لو قصر العاقد الخيار على الأجنبى وقال : هو له دونى ، وذهب ابو يعلى منهم إلى أنه حينئذ لا يصح [2] .

الوجهة الأخرى : أنه يثبت للأجنبى وحده وهو الأصح عند الشافعية ومذهب الامامية وقالوا ان جعل الخيار للأجنبى تفويض – أو تحكيم – لا توكيل وفى صورة اشتراطه للأجنبى مقصورا عليه دون العاقد يكون للأجنبى وحده اتباعا للشرط واقتصارا عليه وهو أصح الوجهين ومثله ذهب الامامية ، وأردف الشافعية والامامية هذه المسألة بما يعود عليها بالنقض في مذهبهم لو مات الأجنبى عاد خيار الشرط إلى العاقد فكان الثابت للأجنبى إيقاع الأثر ليس عين الخيار ولذا لم ينتقل لوارثه والعلة فيه الرفق

---

(1) المجموع ١٩٦/٩ والمغنى ٥٢٥/٣ والبحر الزخار ٣٤٩/٣ .

(2) البحر الزخار ٣/ ٣٤٩ البدائع ١٧٤/٥ المجموع ٩/ ١٩٦ المغنى والشرح الكبير ٤/ ١٠٠ كشاف القناع ٣/ ٢٠٤ المقدمات ٢/ ٥٦٠ تذكرة الفقهاء ٥٢١/١ الروضة البهية ٣٢٣/١ شرح النيل ٥٥١/٤ .

بالعاقد ، وهذا الحكم والتعليل يشدان المسألة إلى مذهب الجمهور القائلين باقتضاء الاشتراط للأجنبى ثبوت الخيار للعاقد وذلك فيما يبدو هو المتفق وطبيعة إثبات الخيار للأجنبى والغرض منه ، فهو ليس توكيلا بالعقد ، بل صورة من الاستعانة برأيه [١] .

وهل يشترط قبول الأجنبى المشترط له الخيار أم يكون امتثاله قبولا ؟ إلى هذا الثانى ذهب الشافعية شريطة أن لا يصرّح بالرد [٢] .

وأخيرا فقد ذكر الشافعية أنه ليس على الأجنبى المجعول له الخيار أن يختار الأصلح ، بل يرجع ذلك إلى مطلق مشيئته وبعبارة الفقهاء : ليس عليه رعاية الأحظ [٣] .وقد عارض فى ذلك النووى – بحق ووجاهة رأى – لأن جعل الخيار للأجنبى ائتمان له ، ومن حق الأمانات أن تؤدى أداء حسنا ، والاّ فكان عليه أن يأبى حمل تلك الأمانة ويشفق منها .

الأجنبى ليس صاحب الخيار :

المراد من شرط الخيار للأجنبى ليس أن يغدو هو صاحب الخيار ، بل أن ينتقل إليه فائدة الخيار التى هى الفسخ والاجازة أما الخيار فهو باق لصاحبه . وقد نبه إلى هذا من الشافعية : الجمل فى حاشيته على المنهج ثم قال : ويدل لذلك صريحا أمور : قول الروضة : شرط الخيار للأجنبى مبطل للعقد على الأظهر ، ومنها قول البغوى : لو كان بائع الصيد محرما ، أو كان بائع العبد المسلم كافرا لم يجز شرط الخيار لنفسه . ومنها : عدم إرث الخيار عن الأجنبى لو مات ، أو نقله لوليه إن جن مثلا . ومنها : ملك المبيع فى زمن الخيار إذ لا قائل بأنه للأجنبى ، وهذا هو الذى يتجه المصير إليه ولا يجوز

---

(١) الروضة البهية ٣٢٣/١ المجموع ١٩٧/٩ شرح الروضة ٥٢/٢ نهاية المحتاج ١٤/٤ .
(٢) المجموع ١٩٦/٩ .
(٣) شرح الروض للقاضى زكريا الأنصارى ٥٢/٢ ومغنى المحتاج ٤٦/٢ .

العدول عنه . وقولهم : ليس لشارطه للأجنبى خيار ، أى إيقاع أثر ، كما علم . وبهذا يعلم أنه لا حاجة لقولهم « انه تمليك أو توكيل » المبني عليه مسألة العبد والصيد المذكورتين الاّ من حيث إيقاع الأثر المذكور[١] .

وذكر القاضى زكريا أنه فى اشتراط الخيار للأجنبى : لا يثبت للشارط اقتصارا على الشرط الاّ ان مات الأجنبى فيثبت للشارط [٢] .

المبحث الثالث

شرط الاستئمار (أو المؤامرة [٣]) أو المشورة

مما يتصل بمعرفة صاحب الخيار قضية اشتراط مشورة فلان من الناس ، أو استئماره أى معرفة أمره وامتثاله فذهب المالكية إلى أن لكل من المستأمِر والمستأمَر الاستقلال فى الرد والامضاء (بخلاف ما لو كان على خياره ورضاه فلا استقلال له دون من شرط له وهذا فى المشورة المطلقة ، أما إذا قال:على مشورته إن شاء أمضى وإن شاء رد فهذا بمنزلة الخيار [٤] .

ثم عند الشافعية فى هذا اتجاهان :

أحدهما:أنه ليس له أن يفسخ حتى يقول:استأمرته فأمرنى بالفسخ ، والاتجاه الآخر – وعليه الحنابلة – أنه لا يشترط استئماره ، وأن نص الشافعى الذى اعتمده المثبتون قد جاء بقصد الاحتياط لئلا يكون كاذبا . ونحوه ما ذكر ابن حزم عن ابن عمر أنه فصل (ان أخذت) على (إن رضيت) إذ قد يرضى ثم يدعى أنه لم يرضَ ، وقد صحح النووى الرأى الأول [٥] .

---

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج ١١٠/٣ .

(٢) شرح الروض ٥٢/٢ .

(٣) هى (مفاعلة) من الأمر ، بمعنى اشتراطها أو أحدهما استئمار من سمياه والرجوع لأمره

(٤) الدسوقى على الشرح الكبير ٩٨/٣ .

(٥) المجموع ٢١٢/٩ شرح الروض ٥٢/٢ المغنى ٥٢٦/٣ ط ٤ .

ولابد من تعيين من سيشاوره . أما لو قال : على أن أشاور (كما يقع كثيرا) لم يكف . قال الاذرعى : والظاهر يكفي وهو فى هذا شارط لنفسه [1] .

وذكر الامامية المسألة مع اشتراط المدة وأنه إن أمره بالفسخ جاز له الفسخ ولا يتعين عليه لأن الشرط مجرد استئماره لا التزام قوله ، وإن أمره بالالتزام لم يكن له الفسخ قطعا وإن كان الفسخ أصلا عما بالشرط ، فالفسخ يتوقف على أمره لأنه خلاف مقتضى العقد ، أما الالتزام بالعقد فلا يتوقف وليس للمستأمر الفسخ ولا الامضاء وإنما عليه الأمر والرأى خاصة [2] .

كما يجب أن لا تزيد مدة المشورة على مدة الخيار المعلومة لتلك السلعة [3] .

وللمالكية ها هنا تفصيل بحسب صيغة جعل الخيار للأجنبى فهى إمّا أن تكون بلفظ المشورة وإما أن تكون بلفظ الخيار أو الرضا .

فإذا قال: على مشورة فلان فإن للعاقد بائعا كان أو مشتريا أن يستبد بإبرام العقد أو فسخه دون أن يفتقر ذلك إلى مشورته . لأنه لا يلزم من المشاورة الموافقة ، ومشترط المشورة اشترط ما يقوى به نظره .

أما إذا قال: على خيار فلان ، أو رضاه ففي ذلك أقوال أربعة والمعتمد منها أنه تفويض فليس للعاقد – بائعا كان أو مشتريا – أن يستقل بابرام العقد أو فسخه ، ذلك أن اشتراط الخيار – أو الرضا – للأجنبى عندهم ليس توكيلا بل هو تفويض حيث انه باشتراط الخيار لغيره معرض عن نفسه وقد ألحقوا بلفظ الخيار أو الرضا لفظ المشورة – السابق ذكره – إذا جاء مقيدا بما يدنو به إلى هذين اللفظين مثل أن يقول : على مشورة فلان إن شاء أمضى

---

(١) شرح الروض ٥٢/٢ والتذكرة ٥٢١/١ «ولابد من ضبط مدة الاستئمار» .

(٢) الروضة البهية ٣٢٣/١ .

(٣) الرسالة ١٢٤/٢ .

وإن شاء رد ، فحكم هذا كالخيار والرضا [١] . ومن هنا يعلم أنه يلحق باللفظين ما فى معناهما من ألفاظ مستحدثة تؤدى المعنى نفسه كالرغبة والرأى .

المبحث الرابع

النيابة فى الخيار

الخيار يثبت للعاقد المشترط الخيار لنفسه مهما كانت صفة العاقد ، فسواء كان مالكا للمعقود عليه ، أو وصيا يعقد لمصلحة الموصى عليه ، أو وليا لمصلحة المَوْلِيّ عليه ، أو كان يعقد بالوكالة .

ذلك ان اشتراط الخيار فى حال الولاية أو الوصاية هو من باب النظر والرعاية للصغير فذلك لهما . وأما فى الوكالة فلأن تصرفه بأمر الموكل وقد أمره بالعقد أمرا مطلقا فيظل على إطلاقه فيشمل العقد بخيار أو بدونه .

وكذلك المضارب أو الشريك شركة عنان أو مفاوضة يملك شرط الخيار فى معاملات الشركة بمقتضى إطلاق عقد الشركة .

وهذا شامل لما لو شرط الخيار لنفسه أو للعاقد الآخر الذى يشاطره التعاقد على ما ذكر الحنفيّة [٢] .

أما الشافعية فقد قالوا بصحته فى الوكالة – فى أصح الوجهين – إذا اشترطه الوكيل لنفسه أو لموكله ، لأنه لا ضرر فيه ، كما منعوا الوكيل بالبيع أن يشترط الخيار للمشترى ، وكذلك العكس فليس للوكيل بالشراء أن يشترط

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ٩٨/٣ والخرشى ٢٥/٤ وفى المذهب أقوال أخرى مبنية على تأويل نصوص المدونة منها أن منع الاستبداد فى (الخيار) لا فى (الرضا) ، أو ليس فيهما ، أو منع الاستبداد فى حق المشترى فقط لأن البائع يختص بقوة التصرف فى ملكه (الخرشى) والحطاب ٤١٩/٤ والمواق ٤١٨/٤ أو أن المجعول له الخيار كالوكيل فلكل من البائع أو المشترى الاستبداد ما لم يسبق الوكيل بالاجازة أو الرد للبيع الخرشى ٢٥/٤ .

(٢) البدائع ١٧٤/٥ .

الخيار للبائع فإن فعل الوكيل ذلك بطل العقد ، وهذا ما لم يأذن للموكل فى الصورتين ، كما أن الأصح عند الشافعية أنه لا يتجاوز الخيار من شرط له فلا يثبت للموكل إذا اشترطه الوكيل لنفسه ولا العكس ، – وهو ظاهر النص عن الشافعى – لأن ثبوته بالشرط فكان لمن شرطه خاصة . أما إذا أذن له الموكل فى شرط الخيار وأطلق ، فشرط الوكيل كذلك بإطلاق ، ففيه أوجه أصحها أنه للوكيل ، لأن معظم أحكام العقد متعلقة به وحده (١) ولا يلزم العقد برضا الموكل لأن الخيار منوط برضا وكيله .

والحنابلة كالشافعية فى صحة اشتراط الوكيل الخيار لنفسه ، لا للعاقد الآخر مع احتمال الجواز عندهم فيها بناء على الرواية التى تقول : للوكيل التوكيل (٢) .

ثم إن على الوكيل أن يفعل ما فيه حظ الموكل ، لأنه مؤتمن (٣) .

وكما يثبت الخيار لصاحبه على وجه الانفراد إذا كان المشترى ، أو البائع ، واحدا ، يثبت للمتعدد أيضا إذا كان الطرف المتعاقد متعددا كما لو باع شريكان شيئا ، أو باع المالك سلعة لاثنين واشترطا الخيار لهما .

الفرع السابع

استعمال الخيار

تمهيد :

إن استعمال الخيار يجرى باللجوء إلى الفسخ ، أو الرضا بالعقد والتصريح بإمضائه إن كان لا يريد الاصطبار لمضي المدة وتحول العقد إلى

---

(١) المجموع ١٩٤/٩ ونهاية المحتاج ١٥/٤ ومغنى المحتاج ٤٦/٢ .
(٢) المغنى ٥٢٣/٣ .
(٣) شرح الروض ٥٢/٢ .

اللزوم . والخيار – كما صرح الفقهاء كثيرا – موضوع للفسخ [1] ، ولكن الامضاء أيضا يعتبر استعمالا للخيار وممارسة له ، وبما أن الفسخ والامضاء مما يسقط به الخيار فقد اختص مبحث المسقطات بهما وتعين أن يشتمل هذا العنوان على أمور أخرى تعتبر ممارسة للخيار بوجه مشروع أو غير مشروع ومن ممارسة الخيار تلك التصرفات التى يقوم بها العاقدان فى فترة الخيار ، ولا يخفى أن حال التصرف الذى يصدر من العاقد المخيّر هو حال الفسخ أو الامضاء على تفصيل يأتى بعد فى المحل اللائق بهذه الأمور الثلاث : الفسخ والامضاء والتصرف ، وإن كانت هى التى تتبادر عند ذكر الاستعمال . . . وهناك مسألة الانتفاع بمحل الخيار ، وهى تابعة لمسألة انتقال الملك وستأتى فى آثار الخيار .

المبحث الأول

تجربة محـل الخيـار

لو كان ما اشتراه بخيار يحتاج إلى معرفة أمر فيه ، كالدابة لا يعرف سيرها الاّ بالركوب ، فلا يبطل الخيار بتجربة سيرها لأنه أمر لا بد منه لاستعمال خياره بالاجازة أو الفسخ .

وليس كذلك خيار العيب فلو جرب الشىء، بعدما علم بعيبه ، بطل خياره ، لأنه ثبت له الخيار بظهور العيب فلا حاجة لتجربته ، فلو جربه بعدئذ كان دليل الرضا بالعيب .

ومن أمثلةذلك أيضا لبس الثوب لمعرفة طوله أو قصره أو عرضه ، فلا يبطل به الخيار [2] .

---

(١) الدرر شرح الغرر ١٥١/٢ وذكر صاحب الدرر من ثمرات هذا المبدأ أنه إذا فات الفسخ لزم العقد (وفوات الفسخ بمضى المدة دون أن يفسخ) كما ذكر أن الخيار عند المالكية هو للاجازة ، فإذا مضت المدة فاتت الاجازة فينفسخ العقد والحكم المذكور معروف عن المالكية . (الدسوقى على الشرح الكبير٣/ ٩٥) لكننى لم أر التصريح عندهم بأن الخيار للاجازة .

(٢) البدائع ٢٧٠/٥ .

وفى ركوب الدابة من حقه تكرار الركوب إن كان لمعرفة أنواع سيرها ، كالهملجة والعدو ، لأن معرفة السيرين مقصودة تقع الحاجة إليهما فى بعض الدواب . أما إن كرر الركوب لمعرفة السير الأول فقالوا : يسقط خياره .

ويفرق فى ركوب الدابة أيضا بين ركوبها لحاجة نفسه فذلك اجازة ، وإن ركبها للسقي أو لشراء علفها أو لردها على البائع في ذلك قياس واستحسان : أما القياس فهو اعتباره إجازة لامكان القياس بذلك قودا بزمام الدابة . وفى الاستحسان : لا ، بل هو على خياره ، لأن ذلك مما لابد منه خصوصا إذا كانت الدابة صعبة لاتنقاد بالقود ، فكان ذلك من ضرورات القود فلا يعتبر إجازة .

وإذا مثلنا بما هو نظير الدابة الآن (السيارة) فلا يستعمل جرها الآّ حين العطب فركوبها متعين لردها أو تزويدها بالوقود ونحوه من المواد التى تحتاج إليها .

المبحث الثانى

الاحتيال بالخيار للربا ، أو للرهن

عرفنا أن الغاية التشريعية من تسويغ الخيار هى التروى والاختبار والمشورة ، ولكن قد يلجأ العاقد إلى الخيار ليجد فيه منفذا إلىالانتفاع بالقرض فيكون حيلة إلى الربا . بأن يقترض إنسان منه فلا يعطيه بدل قرض بل يشترى منه سلعة أو دابة بخيار ويعطيه الثمن ثم يأخذ هو منافع المبيع أو غلته فى مدة انتفاع المقترض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن .

ذكر ابن قدامة أنه لا خيار فى هذا المبيع ، لأنه من الحيل ، ولا يحل لآخذ الثمن الانتفاع به فى مدة الخيار ولا التصرف فيه .

غير أنه قد يلجأ الانسان إلى نحو هذه الصورة لا للحيلة على الربا ، بل للاستيثاق ، كما لو أقرضه مالا يخاف أن يذهب فاشترى منه شيئا وجعل له الخيار قال الامام أحمد : هو جائز ، الا أنه إذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته . وحمل ابن قدامة تجويز أحمد له فى هذه الحال على المبيع الذى لا ينتفع به إلاّ بإتلافه ، أو على المشترى لا ينتفع بالمبيع فى مدة الخيار ، لئلا يفضى إلى أن القرض جر منفعة [١] .

ويرى المالكية أن الانتفاع الكثير بالمبيع بالخيار إما أن يكون مجانا ، وإما أن يكون بكراء . فالمجاني لا يجوز اشتراطه ، ولا فعله بلا شرط ، حتى لو كان للاختبار .

أما أن يكون بكراء فيجوز اشتراطه وفعله بغير شرط ولو لم يكن للاختبار .

أما الانتفاع اليسير فالذى يحصل لغير الاختبار حكمه كالانتفاع الكثير وأما الذى يكون للاختبار فيجوز فعله واشتراطه مجانا .

وحيث قالوا بجواز ما يجوز بالكراء فإنما يكون بعد علم الكراء ، سواء فيما يفعل بشرط أو بدونه كأن يريد ركوب الدابة ركوبا له ثمن ولم يشترط ذلك حال العقد فإنه لا يفعله الاّ بأجر يتفق عليه مع ربها [٢] .

المبحث الثالث

الاختيـار

استعمال الخيـار :

إن اتجاه الرغبة إلى الفسخ أو الامضاء مطلق لا قيود عليه فهذا الخيار خيار شهوة – كما سماه بعض الفقهاء – لكن هناك بعض الاستثناءات :

(١) المغنى ٥٣٠/٣ وفى كتب الاباضية اشارة إلى أنه إذا كان الخيار يقصد منه الغلال فهو ربا . جوهر النظام ٣٤٨ .

(٢) الخرشى على مختصر خليل ٢٢/٤ الدسوقى ٩٢/٣ .

منها ما إذا شرط الخيار لنفسه – وكان وكيلا – فعليه فى هذه الحال اختيار الأصلح من الفسخ أو الاجازة ، لأنه مؤتمن .

ومنها مسألة أخرى وقع فيها الخلاف وهى حالة اشتراط الخيار لأجنبى فقد قال بعضهم : ليس على المجعول له الخيار (الأجنبى) اختيار الاحَظّ. والحق ما قال الرافعى « لقائل أن يقول : إن جعل الخيار له هو استئمان فعليه اختيار الأحظّ » [١] .

اجتماع الابرام والفسخ :

إذا كان الخيار لكلا العاقدين ، فإبرامه وفسخه مماثل لما لوكان الخيار لأحدهما من حيث الطريقة . وابرام أحدهما لا يمنع فسخ الآخر . أما سبق الفسخ من أحدهما فهو مانع من استعمال الآخر لحقه في الإبرام . فمتى فسخ أحدهما فسخا صريحا أو ما يجرى مجراه أو فعل ما يدل على الفسخ انفسخ العقد أصلا ولا أثر للابرام من الآخر بعد وقوع الفسخ . وكذلك لو اختلفا فى استعمال الخيار الثابت لهما فأبرم أحدهما العقد وفسخه الآخر على التعاقب أو بصورة مقارنة ، فالفسخ هو المعتبر ولا قيمة للاجازة سواء سبقت الفسخ أو قارنته .

والفرق بين الابرام والفسخ فى قابلية الابرام لطروء الفسخ عليه دون العكس أن الابرام تصرف فى العقد بالتغيير – وهو الالزام – لا بالاعدام فلا يخرجه هذا التصرف عن احتمال الفسخ والابرام . أما الفسخ فهو تصرف فى العقد بالابطال ، والعقد بعدما بطل لا يحتمل الابرام ، لأن الباطل متلاشٍ . فالفسخ أقوى من الابرام لانه يلحق الابرام دون أن يكون للابرام لحاق الفسخ ، .فلذا كان الفسخ أولى [٢] .

---

(١) المجموع ١٩٤/٩ .
(٢) البدائع ٢٧١/٥ .

ويتصور اجتماع الامضاء والفسخ فى صورة أخرى وهى ما إذا كان خيار الشرط لغير العاقدين ، بأن شرط أحدهما الخيار لأجنبى ، فعلى مذهب من جعل الخيار حينئذ للشارط والمشروط له يكون الحكم مماثلا فأيهما أجاز جـاز وأيهمـا فسخ انفسخ ، وإن أجاز أحدهما وفسخ الآخر ، فإن كان على التعاقب فأولها أولى ، فسخا كان أو اجازة لأن الثابت بالشرط أحد الأمرين فأيهما سبق وجوده بطل الآخر ، وإن كانا معا فى المذهب نصّان : أحدهما أن تصرف المالك أولى ، نقضا كان أو إجازة ، والآخر أن النقض أولى من أيهما كان [1].

الفـرع الثامن

أحكام الخيار (أو آثـاره) [2]

المبحث الأول

أثر الخيـار على حكم العقـد

حكم الخيار أنه يمنع ثبوت حكم العقد ، فلا يترتب عليه الحكم المعتاد للحال فى حق من له الخيار ، وذلك موضع اتفاق بين أبى حنيفة وصاحبيه ، وهو عند أبى حنيفة فى حق العاقد الآخر أيضا ، وقال صاحباه : الحكم نافذ فى حق من لا خيار له لأنه لا مانع بالنسبة له (وسيترتب على ذلك انتقال الملك عنه) ولذا قال الكاساني : « هو للحال موقوف ، على معنى أنه لا يعرف حكمه للحال ، وإنما يعرف عند سقوط الخيار » . والعلة فى

---

(١) البدائع ٢٧١/٥ .

(٢) الآثار جمع أثر وهو ما ينجم عن الشيء ، والمقصود به هنا : ما يستتبعه اشتراط الخيار فى العقد من الأحكام التى تترتب على وجوده ولولا الخيار لم تحدث . وآثار الخيار على العقد كثيرة ، ومنها ما هو ثانوى ، لكن الآثار المهمة هى بعد الأثر العام المغير لاعتبار العقد : نقل الملك – الضمان – الزيادة والغلة – التسليم . وهناك آثار للخيار على جواز التصرف ونفاذه لكنها تابعة لبحث التصرف المغلب فيه النظرة إليه كصورة من صور إنهاء الخيار .

القول بأنه موقوف الحكم أنه لا يدرى أيتصل به الفسخ أو الاجازة . ثم قال الكاسانى بعدئذ : « فيتوقف فى الجواب للحال ، وهذا تفسير التوقف عندنا وقال الكاسانى فى موطن آخر « شرط الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم للحال » [1] .

وتبين من الاتفاق على منع ثبوت الحكم فى حق من له الخيار أنه لو كان الخيار لكلّ من المتعاقدين لم يترتب على العقد حكمه فى الحال فلا يخرج شيءمن المبيع أو الثمن من ملك البائع أو المشترى عن مالكه اتفاقا بين أئمة الحنفية ، فلا يفترق هذا العقد عن العقد الباتّ الاّ من حيث تعرضه للفسخ بموجب خيار الشرط الذى زلزل حكم العقد وجعله عرضة للفسخ . ففي حال اشتراط الخيار للطرفين لا يثبت حكم العقد أصلا [2] . وإلى مثل ذلك ذهب الشافعية فى صورة اشتراط الخيار للطرفين حيث نصوا على أنه موقوف لا يحكم بانتقاله للمشترى ولا أنه للبائع خالصا حتى ينقضي الخيار [3] . أما المذاهب الأخرى فلا تفرد هذه الحالة بحكم ، بل تجعل النظرة إلى خيار البائع ، سواء انفرد هو بالخيار أم كان له وللمشتري معا [4] .

ولعل النتيجة واحدة بالنسبة للمالكية القائلين بأن ملكية محل الخيار باقية للبائع ، أى لم تنتقل إلى المشترى ، فحكم العقد المشتمل على خيار أنه ممنوع من نفاذه أيّا كان صاحب الخيار [5] .

وما سبق هو الأصل عند الحنفية لكن لهم استثناء ذكره ابن نجيم منقولا عن الكرابيسى وهو أن خيار الشرط يبطل العقد . — بدلا من الاقتصار

---

(١) البدائع ٢٦٤/٥ و١٧٤/٥ .

(٢) رد المحتار ٥٣/٤ تبيين الحقائق ١٦/٤ البحر الرائق ٣/٦ الفتاوى الهندية نقلا عن قاضيخان ٤٠/٣ فتح القدير ٣٦٧/٥ ويقول ابن الهمام فى تعليل عدم دخول الخيار فى الصرف : لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه ، على الرأيين منهم .

(٣) المجموع ٢٢٨/٩ .

(٤) بداية المجتهد ١٧٥/٢ البحر الزخار ٣٤٩/٣ .

(٥) القوانين الفقهية ٢٦٤ والدسوقى على الشرح الكبير ١٠٣/٣ .

على منع الحكم – فيما إذا شرط الخيار فى بيع الفضولى (أى شرط لمصلحته) فإنه يبطل البيع ولا يتوقف ، لأن الخيار للفضولى ثابت بدون الشرط ، فيكون الشرط مبطلا [١] .

هل حكم الخيار الوقف :

أشار صاحب البحر إلى أنه وقع فى البدائع التعبير عن حكم الخيار بأنه موقوف ثم ذكر تفسير الكاسانى له بقوله : « على معنى أنه لا يعرف له حكم للحال ، والخيار مانع من انعقاد الحكم » [٢] ، وقد رأيت اطلاق هذا اللفظ فى الزيلعى أيضا فى موطنين أحدهما موهم غاية الإيهام لأنه قال فيما إذا كان الخيار للبائع وقبضه المشترى فهلك بيده وأنه يهلك بالقيمة ، قال الزيلعى : « لأن المبيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل . . . » [٣] لكنه فى الموطن الآخر المشابه تماما – وهو قوله بصدد خيار المشترى « لأنا نقول : الحال موقوف : إن أجيز البيع يستند إلى وقت العقد » فالمراد بالموقوف ليس التوقف الاصطلاحى بمعنى عدم النفاذ ، بل توقف حال المبيع وحكمه بانتظار تبين المصير [٤] .

صفة العقد معه :

صفة البيع المقترن بخيار الشرط أنه غير لازم ، لأن الخيار يمنع لزوم العقد ، قال عمر (رضى الله عنه) : البيع صفقة أو خيار .أي صفقة بيعٍ باتٍّ ، أو بيع بخيار . « ولأن الخيار هو التخيير بين الفسخ والاجازة وهذا يمنع اللزوم » على ما يقول الكاسانى .

---

(١) البحر الرائق ١٠/٦ .

(٢) البحر ٩/٦ .

(٣) تبيين الحقائق للزيلعى ١٦/٤ .

(٤) فلا يسوغ تطبيق شرائط العقد الموقوف وانما يشترك معه فى تأجيل حكم العقد للحال . وهذا مستفاد من اقرار صاحب البحر لكلام الكاسانى مع تفسيره المراد .

وينبغي اتحاد صفة العقد (اللزوم) فى الصفقة كلها فليس لصاحب الخيار أن يفرق الصفقة فى اللزوم لأن تفريقها في اللزوم بمثابة تفريقها فى أصل الصفقة وهو الايجاب والقبول،وذلك لا يجوز إلاّ برضا العاقدين بأن يقبل العقد فى بعض المبيع دون بعضه بعد إضافة الإيجاب والقبول إلى الجملة ويوجب البيع فى بعضه بعد إضافة القبول إلى جملته .

لكن يجوز تفريق الصفقة فى اللزوم برضاهما (١) .

أثر الخيار على العقد المؤجل :

إذا باع بثمن مؤجل ، فمتى يكون مبدأ الأجل ؟ هل من حين العقد ، أم يكون مرتّباً على ابتداء مدة الخيار ؟

ذكر النووى أن فى هذا الفرع طريقين ، أصحهما — وبه قطع الشيرازى والعراقيون وجماعة من غيرهم — أنه من حين العقد وجها واحدا .

والطريق الثانى — وهو مشهور فى كتب الخراسانيين كالقاضى حسين والسنجى وإمام الحرمين والوالى وغيرهم أن الأجل مرتب على ابتداء مدة خيار الشرط (والغرض الآن على القول بخيار المجلس) فإن جعلنا مدة خيار الشرط من العقد فالأجل أولى بذلك ، وإن قلنا ان المدة تبدأ من التفرق عن خيار المجلس فني الأجل وجهان .

وصور القاضى حسين الخلاف فى الفرع المذكور بأن هناك وجوها ثلاثة فى ابتداء مدة الخيار والأجل :

الأول — وهو أصحها — : من حين العقد فيهما .
الثانى — من حين التفرق فيهما أيضا .
الثالث — أن الأجل من حين العقد ، وأن الخيار من التفرق .

---

(١) البدائع ٢٦٤/٥ وكلمة (الفسخ) محرفة هناك إلى (البيع) وهو تحريف ظاهر.

والفرق بينهما ان الأجل ليس من جنس خيار المجلس ، فكان اجتماعهما أقرب . ثم أورد النووى من كلام امام الحرمين توجيه الوجهين الآخرين . وقال : والمذهب أن الأجل من العقد سواء بشرط خيار الثلاث أم لا[1]

المبحث الثانى

أثر الخيار على انتقال الملك

الأصل فى عقد البيع أنه للتمليك ، وأنه ناقل ملك المبيع إلى المشترى وملك الثمن إلى البائع لأن هذا هو مقصود العقد ، وينشأ عن هذا الانتقال جميع أحكام الملك من الضمان واستحقاق الغلة والزوائد والتسليم . . . كما يحل للعاقد فى البدل الذى انتقل إليه ملكه جميع التصرفات الشرعية التى تثبت فى الملك الأصلى مادامت ضمن دائرة الحلال . هذا فى العقد المطلق عن الخيار ، فما أثر الخيار فى ذلك العقد ؟

سنرى أن المذاهب الفقهية اختلفت مواقفها من هذه القضية ، فكان لبعضها موقف متسق مع حكم الخيار الاعتبارى السابق ذكره ، وبعضها كان موقفه مقطوع الصلة أو عسيرا عن التوفيق بينه وبين مسألة حكم الخيار ، وقد افترق الجواب عن ذلك بين كون الخيار للمتعاقدين أو كونه لأحدهما :

أ - كون الخيار للمتعاقدين :

إذا كان خيار الشرط ثابتا لكل من المتعاقدين فلا تغيير يحصل فى قضية الملك للبدلين ، فمحل الخيار للبائع باق على ملكه ، والثمن للمشترى أيضا . ذلك موقف الحنفية ، فمحل الخيار للبائع باق على ملكه ، والثمن للمشترى أيضا . ذلك موقف الحنفية ، يقول الكاسانى : فلا ينعقد العقد فى حق الحكم فى البدلين جميعا ، فلا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل

(١) المجموع ٢١٤/٩ - ٢١٥

فى ملك المشترى وكذا الثمن . . . لأن المانع من الانعقاد فى حق الحكم موجود فى الجانبين جميعا وهو الخيار[١] . ويقرب منه موقف الشافعية بملاحظة اختيارهم وصف هذه الحالة بأن الملك موقوف بانتظار انقضاء مدة الخيار لعدم أولوية أحدهما ، فان فسخ العقد ظهر عنده أن الملك مازال للبائع ، وان تم ظهر أن الملك انتقل للمشترى منذ العقد[٢] . والمذاهب الأخرى لا تفرد هذه الحالة بالحكم ، بل ينصب نظرها إلى خيار البائع فهو المؤثر فى القضية فيما إذا كان الخيار له وللمشترى ، وبعض المذاهب كالزيدية مثلا تذكرها وتعطيها أحكاما مماثلة لما لو كان الخيار للبائع وحده[٣] .

والرأى الثانى فى المسألة على النقيض مما سبق ، فالملك فى العقد المقترن بخيار الشرط ينتقل إلى المشترى بالعقد نفسه ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما أيّا كان ، وهذا هو ظاهر المذهب عند الحنابلة ومذهب الامامية أيضا علّله الحنابلة بأن العقد مع الخيار كالعقد المطلق عنه .

ب - كون الخيار لأحدهما :

تختلف مذاهب الفقهاء فى تحديد المالك لمحل الخيار إذا كان الخيار لأحد المتعاقدين دون الآخر وتنحصر الآراء فى ثلاثة : بقاء الملك ، انتقاله ، التفصيل بحسب صاحب الخيار .

وأبسط المذاهب فى المسألة القول بأن الملك باق لصاحب المحل كما كان قبل حصول العقد وهو البائع ، ولا فرق عند هؤلاء لمن من المتعاقدين كان الخيار،سواء كان للبائع أو المشتري.بهذا قال مالك وأصحابه والإباضية وبعض الامامية وهو مذهب الليث والأوزاعى[٤] . وقد اعتبر هؤلاء يد

(١) البدائع ٥/٢٦٤ - ٢٦٥

(٢) المجموع ٢٣٠/٩ نهاية المحتاج ٢٠/٤ مغنى المحتاج ٤٨/٢

(٣) البحر الزخار ٣٤٩/٣ وشرح الأزهار ١٠٢/٣ .

(٤) بداية المجتهد ٢١١/٢ الدردير على خليل بحاشية الدسوقى ١٠٣/٣ الخرشى ٣٠/٤ شرح النيل ٥٦٠/٤ و ٥٦٤ .

المشترى على محل الخيار يد أمانة وأن البائع هو المالك (والضامن أيضا) واحتجوا بأن العقد الذى وقع فيه الخيار عقد غير لازم فلم يترتب عليه حكم ، أى هو عقد غير نافذ فى الجملة : لم ينتقل الملك عن البائع ، كما لو لم يقع قبول من العاقد الآخر (المشترى مثلا) وعلله الاباضية بأن أصل الملك للبائع فلم يخرج (بالخيار) من ملكه جزما بل تعليقا ، فليحكم عليه بحكم المالك ما لم يجزم البيع .

وقد أطلق المالكية على هذه المسألة عبارة مركزة هى : بيع الخيار منحل لا منعقد بمعنى أنه على ملك البائع لم ينتقل ، فالامضاء اللاحق بعدئذ ناقل للملك لا مقرّر (وسنرى بعد أن الضمان أيضا على البائع على اختلاف سيأتى فى محله) .

وهناك قول ان الملك للمشترى فالامضاء تقرير لا نقل ، وتصبح تلك القاعدة : بيع الخيار منعقد لا منحل ، فهو على ملك المشترى لكن ملكه له غير تام ولذلك كان ضمان المبيع من البائع (كما سنرى) على القولين اتفاقا [(١)] .

فهو عقد محدث للتمليك ، وقالوا : ان ادعاء القصور فيه ممنوع ، وجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك فيه فهو كالعقد الذى فى محله عيب . أما امتناع التصرف فيه لأجل حق الغير فلا يمنع ثبوت الملك ، كالمرهون . وعن أحمد رواية أنه موقوف فى هذه الحالة أيضا حتى ينقضى الخيار [(٢)] .

أما الامامية فقد أشاروا إلى أن أثر الخيار – على ما ذهب إليه القائلون بانتقال الملك من فقهائهم ينحصر فى تزلزل الملك بسبب القدرة على رفعه . فالخيار حق لصاحبه فى ملك الآخر . ولهم أيضا قول بأن الملك موقوف كما أن

---

(١) الخرشى ٣٠/٤

(٢) المغنى ٥١١/٣ كشاف القناع ٢٠٦/٣ القواعد لابن رجب ٣٧٧ .

الامامية اطلقوا على هذه المسألة عبارة هى : انقضاء مدة الخيار (أو الاجازة) للنقل أم للكشف[1] ؟ وذلك شبيه بتلقيب المالكية للمسألة بأن الخيار منحل أو منعقد[2] .

وهناك رأى فقهى ثالث قائم على التفصيل،وحاديه فى ذلك النظر إلى صاحب الخيار هل هو البائع أو المشترى ؟

أ – فإذا كان الخيار للبائع فالملك باقٍ له،لأن اشتراط الخيار منه ابقاء على ملكه فلا ينتقل إلى المشترى ، ولهذا نتائج عديدة أبرزها أن المشترى – بالرغم من العقد – لا يملك التصرف فى محل الخيار ، كما أن تصرفات البائع تنفذ ، وتعتبر فسخا للعقد وإلى هذا ذهب ابو حنيفة وصاحباه والزيدية والاباضية والشافعى فى أظهر الأقوال[3] وهذا القول للشافعية قائم على التفصيل بين كون الخيار للبائع أو المشترى – وهو الأظهر – وهناك أقوال ثلاثة أخر (مطردة فى حال كون الخيار لهما أو لأحدهما) أحدها:أنه ملك للمشترى والثمن ملك للبائع ، والثانى:انه باق على ملك البائع ولا يملكه المشترى الاّ بعد انقضاء الخيار من غير فسخ والثمن باق على ملك المشترى . والثالث : انه موقوف إلى تمام البيع للحكم بأنه كان ملكا للمشترى منذ العقد أو أنه باق على ملك البائع . ولم أكن أحفل بهذه الأقوال – بعد القول الأظهر – لولا أنها أخذت حظا كبيرا من التفريع فى كتب الشافعية كما أنها تعطى حلولا قد لا يشتمل عليها الراجح فى مذاهب الآخرين[4] .

---

(١) شرائع الاسلام ١٧٠/١ والمكاسب ٢٩٨ – ٢٩٩ .

(٢) الخرشى على خليل ٣٠/٤ .

(٣) البدائع ٢٦٤/٥ فتح القدير ٥٠٤/٥ البحر الرائق ٩/٦ وحاشية ابن عابدين ٥٣/٤ وشرح الروض ٥٣/٢ المجموع ٢٣٠/٩ نهاية المحتاج ٢٠/٤ مغنى المحتاج ٤٨/٢ شرح الأزهار ١٠٢/٣ البحر الزخار ٣٤٩/٣ .

(٤) المجموع ٢٣٠/٩

ب - أما إذا كان الخيار للمشترى فالملك زائل عن البائع عند هؤلاء ، حيث لا مانع فى حقه لأن العقد لازم من جهة من لا خيار له وهو البائع . والتصرف فى محل الخيار مقصور على من له الخيار لأنه شرع نظرا له وحده ، وعلى هذا القدر اتفق ابو حنيفة وصاحباه وهو مذهب الشافعية والزيدية ويمكن التعبير عنه بأن الملك منتقل عمّن لا خيار له[1].

ثم ينشعب هذا الموقف لدى الحنفية عند التساؤل : هل يدخل المبيع (محل الخيار) فى ملك المشترى بعد أن زال عن ملك البائع أم ماذا يكون مصيره ؟ فذهب أبو حنيفة إلى أن محل الخيار يخرج من ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى وذكر لهذا نظيرا فى الشرع هو عبيد الكعبة لخروجهم عن ملك ملاكهم ولا يدخلون فى ملك أحد عند الشراء للكعبة ، وكالتركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تدخل فى ملك الورثة أو الغرماء . وذهب الشافعى وصاحبا أبى حنيفة والزيدية إلى أن محل الخيار يدخل فى ملك المشترى . وسنرى ثمرة هذا الخلاف فى مسائل مشهورة ذوات عدد .

الأدلـة : من أدلة أبى حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملك المشترى (لكون الخيار له) فلو قيل بدخول المبيع فى ملكه اجتمع البدلان فى ملك رجل واحد وذلك لا أصل له فى الشرع ، لأن المعاوضة تقتضى المساواة .

وأيضا يؤدى هذا الرأى إلى تفويت النظر على المشترى فى بعض الأحيان كما لو كان محل الخيار رقيقا من أقرباء صاحب الخيار الذين يعتقون عليه إذا دخلوا فى ملكه فينشأ عن ذلك أن يعتق عليه القريب الذى يملكه بذلك العقد دون اختياره ورضاه . مع أنه اشترط الخيار ليتروى وينظر . .

---

(١) البحر الرائق ٦/١٣ وتبيين الحقائق ٤/١٦ وحاشية ابن عابدين ٤/٥٣ وشرح الروض ٢/٥٣ والمجموع ٩/٢٣٠ ونهاية المحتاج ٤/٢٠ ومغنى المحتاج ٢/٤٨ وشرح الأزهار ٣/١٠٢ والبحر الزخار ٣/٣٤٩ « اذا انفرد به المشترى ملكه » .

ومن أدلة الصاحبين ومن معهما : أنه لما خرج المبيعُ محلُّ الخيار عن ملك البائع فلو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا لا إلى مالك – أى سائبة – ولا عهد لنا بهذا فى الشرع وقد نشأت عن أدلة الطرفين مناقشات ، فيها هذا الايراد على رأى أبى حنيفة ، وهو أنه يلزم منه السائبة – وهى منهى عنها فى الشرع – وقد أجيب عنه بأن ما ذهب إليه ليس من السائبة ، لأن السائبة مالا مِلكَ فيها لأحد حالاً ولا عُلقةَ ملك مآلاً وما هنا قد وجد سبب انتقال ملكه ، ويتوقع حكمه لأن علقة الملك موجودة ، فهو موقوف الحال ان أجيز البيع يستند إلى وقت العقد فيتبين حينئذ أنه ملك للمشترى من ذلك الوقت ، وان فسخ ظهر أنه لم يزُل عن ملك البائع فليس بسائبة[1] .

وقد أورد أيضا على رأي أبي حنيفة مسألة الشفعة فإنها تثبت للمشترى ذى الخيار اتفاقا بين الامام وصاحبيه فكيف تثبت له على قوله – وهو لم يملك المبيع ليستحق به الشفعة – وأجيب بأنه انما استحق الشفعة لأنه صار أحق تصرفا بالدار المبيعة لا لأنه ملكها ، نظيره العبد المأذون يستحق الشفعة إذا بيعت دار بجواره لهذا المعنى ، لا للملك لأنه لا يملك فقصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك ممنوع ، بل يكون بحقيقة الملك أو بما فى معناه .

قال ابن الهمام ، بعد تقرير الايراد وجوابه : وهذا تكلف لا يحتاج إليه ثم بين أن طلب الشفعة من المشترى – وهو لابد منه لاستحقاقها – ينشأ عنه انبرام البيع فى ضمن ذلك الطلب فيثبت بالاقتضاء تصحيحا لتصرفه [2] .

وقد جاء ابن نجيم بما هو بمثابة ايراد على النظير الذى سبق فى دليل أبى حنيفة (لدفع استنكار الخروج من الملك دون الدخول فى ملك آخر) وهذا النظير هو أنه كعبيد الكعبة أو كالتركة المستغرقة بالدين [3] ، أما الايراد

---

(١) فتح القدير ٥٠٥/٥ تبيين الحقائق ١٦/٤ والبحر الرائق ١٤/٦ .

(٢) فتح القدير ٥٠٥/٥ وقد نقله ابن نجيم فى البحر الرائق بنحو حروفه دون عزو ١٤/٦ .

(٣) وقد أشار الكرلانى إلى منع القول بزوال الملك فى التركة المستغرقة قائلا : ان التركة مبقاة فى حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه (الكفاية شرح الهداية ٥٠٦/٥ بأسفل فتح القدير) .

على هذا فهو أن المسألتين المذكورتين هما من باب الأوقاف ، أما مسألة الخيار فهى من باب التجارة والمعاوضات ، وبينهما فرق ، أى من حيث إن الوقف مشروع أصلا لحبس العين عن التملك للتصدق بمنفعتها فلا غرابة ، أما فى المعاوضات فالغرض منها المبادلة وانتقال الملك . هذا ما خدش به ابن نجيم التنظير المذكور ولم يعقب عليه ابن عابدين بشىءفى حواشيه على البحر. وهكذا تضاءل الدليل العقلي لأبى حنيفة حيث تحقق ايراد الصاحبين أن من غير المعهود فى الشرع خروج الشىءعن الملك دون دخوله فى ملك آخر[1] .

وليس فى صنيع ابن نجيم هذا ما يعتبر تأييدا صريحا لقول الصاحبين بل هو مجرد نقاش لدليل الامام وفى إزائه موقف آخر له فى تحرير دليل أبى حنيفة الذى أورد فيه على الصاحبين أن جمع البدلين لا أصل له فى الشرع ، فقد كان فى اطلاق هذا الكلام ثغرة يورد عليه بسببها مسائل منها المدبَّر اذا غصب وأبق من يد الغاصب فضمن قيمته لمالكه فإن السيد يملك القيمة مع أن المدبر لم يخرج من ملكه ، فقد اجتمع العوضان فى ملك السيد وهو المدبر وبدله لأنه ضمان جناية لا ضمان معاوضة . وإزاء هذا نبّه ابن نجيم إلى أن المراد منع اجتماع البدلين فى باب المعاوضة وهذا من باب الضمان.ثم تعرّض لايراد من باب المعاوضة نفسه وهو مسألة السلم،لأن المسلَم إليه يملك رأس المال والمسلَم فيه . قال ابن نجيم ؛ وأجيب بأن المسلَم فيه دين لرب السلم فى ذمة المسلَم إليه ، فهوكالثمن يملكه البائع فى ذمة المشترى . وذكر أيضا عن إيراد فى حال تعجيل الاجرة حيث تجتمع الاجرة والمنافع لدى المؤجر فأبان أن ذلك ليس اجتماعا لأن المنافع معدومة فلا ملك لها . وإذا حدثت ملكها المستأجر[2] .

---

(١) البحر الرائق ١٤/٦ ويلحظ أن صاحب البحر أتى بهذا الايراد على سبيل التقييد لدعوى الصاحبين أن عدم الدخول بملك المشترى غير معهود فى الشرع ، فقيده بالتجارة دفعا لايراد النظير عليهما ، أما الزيلعى فقد جاء بهذا تنظيرا لأبى حنيفة من حيث امكان الخروج من ملكه دون الدخول فى ملك آخر (تبيين الحقائق ١٦/٤) .

(٢) البحر الرائق ١٤/٦ والكفاية على الهداية للكرلانى ٥٠٦/٥ لتوضيح مسألة المدبر.

ولا مناص من الاشارة إلى أن ما أورد على رأى الصاحبين من لزوم اجتماع البدلين ومنافاة ذلك للمعاوضة المطلوبة بقى دون جواب من فقهاء الحنفية – فيما أعلم – فى حين جاء المهدي من الزيدية بما هو دفاع عن قولهما ودفع لهذا الايراد دون قصد بل لمجرد التوافق فى المذهب لأنه لم يشر إلى خلافهما فقد قال فى "البحر" جوابا عن مسألة اجتماع البدلين : وجهَا الملكِ متغايران ، فالثمن لكونه ماله،والمبيع بشرط انقضاء المدة . وهو جواب سديد ما لم يثبت المعارضون ان اجتماع البدلين ممنوع ولو تغاير وجه الملك وهو ما لم يقع منهم .

الترجيح لدى الحنفية : المعروف أن قول الامام هو المستحق للترجيح بحسب أصول الحنفية الاّ فيما خرج عن ذلك ببيان صريح أو فى الأبواب الفقهية لكن لجنة الفقهاء التى وضعت مجلة الاحكام العدلية ذهبت إلى اختيار قول الصاحبين فجاء فى أحكام خيار الشرط المادة التالية : « اذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع عن ملك البائع وصار ملكا للمشتري » وقد أضاف شارحها الأتاسي « عند الصاحبين وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة أى مالك والشافعى وأحمد »[1] .

مرجع الخلاف : نبّه ابن رشد فى كتابه النفيس بداية المجتهد إلى سبب الخلاف – كعادته فى المسائل الجوهرية الخلافية – فقال : والخلاف آيل إلى : هل الخيار مشترط لإيقاع الفسخ فى البيع أو لتتميم البيع ؟ فإذا قلنا لفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع ، وإن قلنا لتتميمه فهو فى ضمانه .

ولا تخفى الصلة الوثيقة بين هذا التقرير من ابن رشد المالكى وبين تقرير أهل مذهبه الذين صوروا المسألة بأنها تدور على التساؤل : هل بيع الخيار منحل (أى لايقاع الفسخ ، حسب تعبير ابن رشد) أو منعقد (أى لتتميمه)[2] .

---

(١) مجلة الاحكام العدلية المادة /٣٠٩ وشرحها لمحمد خالد الأتاسى ٢٤٨/١ .

(٢) بداية المجتهد ٢١١/٢ الدسوقى على الشرح الكبير ١٠٣/٣ والمكاسب ٢٩٨٨

ثمرة الخـلاف.

لقد عُني فقهاء الحنفية فى احصاء مسائل يختلف فيها الحكم تبعا للأخذ بقول أبى حنيفة أو بقول صاحبيه فى مسألة : لمن الملك إذا كان الخيار للمشترى وحده ؟ وكانوا بين مقلّ ومكثر ، وقد اهتم أصحاب المطولات [1] بذكر ما وقع لهم من المسائل المبنية على ذلك الخلاف بدءا من الكاسانى فى البدائع حيث عدّ منها ست[1] مسائل، ثم تلاه المرغينانى صاحب الهداية فأورد سبع مسائل ، وزاد الشارح ابن الهمام أربع مسائل أخرى . وكذلك أبلغها الزيلعى إلى عشر – أو اثنتى عشرة باعتبار مسألتين منها فى حكم أربع – وزاد صاحب البحر الرائق عليه ثنتين ، وهى فى الفتاوى الهندية احدى عشرة مسألة . أما الحصكفي فى الدر المختار فقد اعتنى بضبطها والرمز إليها وبلغت عنده خمس عشرة مسألة [2] .

ويلحظ أن معظم تلك المسائل متصلة بأحكام الرقيق ، وتدور ما بين شرائه ، أو تعليق عتقه ، واستيلاد الجارية أو استبرائها ، ونكاحها ، وتصرّف العبد المأذون . . . الخ ولم يخرج عن دائرة الرقيق منها سوى ست مسائل أجتزئ بذكرها عن استيعاب تلك المسائل التى ما هى الاّ أمثلة ، لأن أوسع من تتبعها – وهو الحصكفي – لم يدّعِ انحصارَها فى المسائل الخمسة عشر.

وبما أن مسألتين من تلك الست تعتبران جزءاً من مبحثين فى الموضوع هما ضمان محل الخيار ، وحكم الزوائد الحادثة فلا حاجة إلى عرضها ، فلم يبق صالحا للنموذج سوى الأربع التالية :

---

(١) ومن قبل تلك المطولات كتب المذهب الأصلية كالجامع الصغير ص ٣٢ والمبسوط للسرخسى ٦٧/١٣ ومن مواطن تفصيل ثمرة الخلاف بين روايتى الحنابلة فى انتقال الملك وعدمه كتاب القواعد لابن رجب الصفحات ٣٧٧ – ٣٧٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٦٥/٥ والهداية وفتح القدير ٥٠٦/٥ – ٥٠٩ وتبيين الحقائق للزيلعى ١٧/٤ – ١٨ والبحر الرائق ١٦/٦ – ١٨ والدر المختار وحاشيته ٥٢/٤ – ٥٤ والفتاوى الهندية ٤٠/٣ – ٤٢ .

الأولى : إذا اشترى دارا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، وهو ساكن الدار بإجارة أو اعارة ، فاستدام سكناها بعد الشراء هل تعتبر استدامته السكنى اختيارا للعقد أم لا ؟

عند أبي حنيفة لا تعتبر،لأنه لم يملك عين الدار فاستدامته السكنى لا تزال بحكم الاجارة أو الاعارة ، وعند الصاحبين تعتبر استدامته للسكنى اختيارا لأنه ملك العين بحكم الخيار فلما استدام السكنى كان ذلك اختيارا منه لإمضاء العقد كما لو ابتدأ السكنى أصلا، هذا ما قرره خواهر زاده ، أما السرخسى فقد ذكر أن استدامته السكنى ليست اختيارا ، بخلاف ابتدائها [1] .

الثانية : اذا اشترى ظبيا وهو حلال فقبضه ثم أحرم – والظبى فى يده – ينتقض البيع عند أبى حنيفة ويرد إلى البائع ، وعندهما يلزم العقد المشترى . والظاهر أن السبب أنه دخل ملكه منذ العقد عند الصاحبين فلا يملك تمليكه بالردّ لأن المحرم بأحد النسكين لا يحل له تملك الصيد أو تمليكه ، أما عند أبى حنيفة فلم يدخل ملكه أصلا فالرد ليس تمليكا وانما هو تصرف بالفسخ .

الثالثة : إذا اشترى ذمّى خمرا – أو خنزيرا – على أنه بالخيار ثم أسلم المشترى فى مدة الخيار بطل الخيار عند الصاحبين ، لأنه ملكها وهو ذمّى فلا يملك تمليكها بالردّ وهو مسلم . وعند أبى حنيفة يبطل البيع لأنه لم يملكها بالعقد المقترن بالخيار فليس له اسقاط الخيار وهو مسلم .

الرابعة : اذا اشترى مسلم من مسلم عصيرا بشرط الخيار ، فتخمر العصير فى مدة الخيار فسد البيع عند أبى حنيفة لعجز المشترى عن تملكه ، وعلى البائع اتلافه وعند الصاحبين يتم العقد لعجز المشترى عن ردّه وعليه هو اتلافه لأن الردّ تمليك بعدما ملكه بالعقد مع الخيار حسب قولها .

---

(١) فتح القدير ٥٠٩/٥ تبيين الحقائق ١٨/٤ الفتاوى الهندية ٤٨/٣ البحر الرائق ١٧/٦ الدر المختار وحاشيته ٥٤/٤ .

هذا نموذج عن المسائل المعتبرة ثمرة الخلاف بين الامام وصاحبيه ، وما المسائل الباقية المطوى ذكرها الّا من هذا القبيل حيث يترتب الحكم عند الصاحبين لحصول الملك للمشترى بخيار ويتخلف عند الامام لعدم الملك ، ويمكن أن يرجع إليها فى المطولات السالف ذكرها[1] .

مصير بدل المحـل :

ما مضى كله متصل بمحل الخيار ، كالمبيع مثلا ، فما حكم بدل المحل (الثمن) ؟ يجرى الخلاف نفسه فى شأن الثمن ، لكن النظر هنا إلى المشترى ، فإذا كان الخيار له فالثمن باقٍ على ملكه ، أما إذا كان الخيار للبائع وحده ولا خيار للمشترى فالثمن يخرج من ملكه اتفاقا بين الفئتين ثم تختلفان (كالسابق) فأبو حنيفة يمنع دخول الثمن فى ملك البائع بعد أن خرج من ملك المشترى . وعند الصاحبين - ومن معهما - يدخل الثمن فى ملك البائع[2] .

المبحث الثالث

أثر الخيار على ضمان المحـل

المراد من يتحمل تبعة الهلاك الذى يحدث بآفة سماوية ، أما الاتلاف الذى يقع من أحد العاقدين أو من أجنبى فمحل بحثه الكلام عن الاختيار بالفسخ أو الإجازة . ان هذا المبحث يعتمد فى الغالب ما تقرّر فى مبحث ملكية محل الخيار ، ذلك أن الأصل فى الضمان أن يكون على المالك الاّ فى حالات يرتبط فيها بالقبض أو بالمالك حكما أو باعتبارات أخرى ، وهذه الاستثناءات هى التى اقتضت تفصيل الكلام فى الضمان بدلا من ربطه جملة بالملك . على أن هذا الربط لا غنى عنه كلما أمكن ، ولا مناص من وصف

---

(١) المراجع السابقة . وقد أورد النووى فى المجموع ٢١٤/٩ فروعا للأقوال المختلفة فى المذهب حول الملك لمن فى زمن الخيار ، من أهمها مسألة الكسب والنتاج ، والباقى من قبيل التصرفات فى محل الخيار .

(٢) تبيين الحقائق ١٦/٤ والبحر الرائق ٩/٦ .

القائلين به بالانسجام فى البابين جريا على الأصل والتنقيب عن مستند من نحا غير تلك السبيل .

ولنبدأ فى استعراض المذاهب بمذهب الحنفية :

هناك حالتان غنيتان عن الشرح ويجزئ فيهما الاشارة باعتبارهما تمهيدا لما بعدهما :

(**الأولى**) : إذا كان الخيار للبائع – وبالأولى اذا كان له وللمشترى – وهلك محل الخيار بيد البائع قبل القبض فالضمان على البائع بالاتفاق بين ابى حنيفة وصاحبيه لأنه لم يخرج عن ملكه اتفاقا ، ولم ينضم إلى الخيار القبض ليكون له أثر فى تعديل ارتباط تبعة الهلاك بالملك ولا اشكال عند الحنفية فى انفساخ العقد كما هو الحال فى البيع المطلق عن الخيار[1] .

(**الثانية**) : اذا هلك محل الخيار فى يد المشترى بعد القبض وبعد انقضاء الخيار فالضمان منه ، لأنه غدا بانقضاء الخيار بيعا مطلقا . والضمان حينئذ بالثمن لأنه هلك بعدما أبرم البيع ، وابرامه إذا كان الخيار للبائع لعدم فسخ البائع فى المدة وإن كان الخيار للمشترى فلأن هلاكه بمثابة الاجازة . أما ما وراء ذلك من حالات فتتنوع بالنظر إلى كون الخيار للبائع ، أو للمشترى ، ووقوع الهلاك فى يد هذا أو ذاك إلى حالات أربع[2] :

١ – إذا كان الخيار **للبائع** وقد قبض المشترى محل الخيار فهلك فى يد المشترى خلال مدة الخيار فالضمان على المشترى . لأن البيع قد انفسخ بهلاك المحل إذا كان موقوفا ، لأجل خيار البائع ، ولا نفاذ للموقوف إذا هلك المحل ، فبقى فى يد المشترى مقبوضا على جهة العقد ، لا على وجه الأمانة المحضة كالايداع والاعارة ، لأن البائع لم يرض بقبض المشترى له الاّ على جهة

(١) فتح القدير ٥/٥٠٤ البدائع ٥/٢٧٢ .
(٢) فتح القدير ٥/٥٠٤ .

العقد . وكذلك الشافعية ، وسووا بين هذه الحالة وبين ايداع المشترى ايّاه بعد القبض عند البائع .

أما كيفية ضمانه فهو أنه يضمن بالقيمة – ان لم يكن مثليا (لأن ضمانه حينئذ بالمثل[1])– والضمان بالقيمة ، لا بالثمن ، هو الشأن فيما قبض على جهة العقد ، كالمقبوض على سوم الشراء[2] . وقد جعل الكاسانى ضمانه أولى من ضمان المقبوض على سوم الشراء . وقد أجاد البابرتى فى تحقيق النقلة من الثمن إلى القيمة (وهو قد لا يرتضى هذا التعبير ، لأيلولته إلى أن الأصل هو القيمة فلنقل : تعليل البقاء على اعتبار القيمة) فجاء بكلام لا يسوغ طيه ولذا أورده البابرتى بحروفه دون عزوه ، ومفاد كلامه أن الضمان الأصلى الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة ، وانما يتحول منها إلى الثمن عند تمام الرضا ، ولم يوجد حين يشرط البائع الخيار لنفسه ، فبقى الضمان الأصلى فى مدة الخيار . وأما إذا هلك بعدها (وهى الحالة الثانية المعجل بذكرها تمهيدا) فيلزمه الثمن لا القيمة ، لبطلان الخيار اذ ذاك بتمام الرضا . وكذلك الحكم عند الشافعية اذ قالوا يرد البائع الثمن على المشترى ويغرمه القيمة فى مسألة قبضه إيّاه (إذا قبضه) ثم إيداعه عند البائع[3] .

٢ – اذا كان الخيار للمشترى وقد قبض محل الخيار فهلك فى يده فالضمان منه أيضا ، ولكن الضمان هنا بالثمن .

وبين هذه الحالة وسابقتها فرق من حيث كيفية الضمان فهنا بالثمن وهناك الضمان بالقيمة ، وقد أشار صاحب الهداية إلى وجه الفرق ، وتابعه الشراح مفصّلين الوجه نفسه ، بأنه إذا كان الخيار للمشترى وهلك المبيع فإنه

---

(١) إذا لم يكن الضمان بالثمن فهو بالمثل فى المثلى أو بالقيمة ان لم يكن مثليا ، فالقيمة هى بديل عن المثل وانما يقع النص عليها دون ذكر المثل لأن ذكرها مقتض للعلم به فلذا يحرصون على ذكرها دونه .

(٢) المقبوض على سوم الشراء هو ما أخذه المشترى على قصد الابتياع للنظر والاختبار من غير ابرام البيع فهلك فى يده . ومن المقرر أن ضمانه هو فيما اذا كان القبض بعد تسمية الثمن ، أما إذا لم يسم ثمنا فلا ضمان فى الصحيح (فتح القدير ٥/٥٠٤) .

(٣) العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٥/٥٠٤ .

بمثابة تعيب آل إلى تلف ، لأن التلف لا يعرى عن مقدمة عيب فبدخول العيب على محل الخيار لا يملك المشترى (صاحب الخيار) الرد على البائع حال قيام العيب ، فإذا اتصل به الهلاك لم يبق سائغا معها الرد فيهلك المحل بعد أن انبرم العقد بمقدمات الهلاك وبلزوم العقد يجب الثمن لا القيمة .

أما فى حالة كون الخيار للبائع وتلف المبيع عند المشترى بعد القبض فإنّ تعيب المبيع واشرافه على الهلاك لا يمنع الرد حكما ، لأن خيار البائع لم يسقط لأنه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار الذى لو رضى به يتمكن من الاسترداد فاذا هلك هلك على ملكه فينفسخ العقد ضرورة لعدم المحل فيكون ضمانه كالمقبوض على سوم الشراء أى بالقيمة ، لا بالثمن لفقدان العقد[1] .

أما عند المالكية فالضمان منسجم مع الملك الذى جعلوه ثابتا مطلقا للبائع ، فالضمان عليه أيضا الاّ فى استثناءات يدعو إليها اعواز المشترى الدليل على حسن نيته وعدم تفريطه،لأن ضمان البائع للتلف خاص بما لو كان تلفا بحادث سماوى أو ضياع .ويتمثل الأصل فى صورتين :

الأولى : إذا قبض المشترى محل الخيار فالضمان على البائع ، إذ هو أقدم ملكا ، فلا ينتقل الضمان عنه إلّا بتمام انتقال ملكه [2] وذلك الأصل ثابت فيما اذا كان محل الخيار مما لا يغاب عليه (أى : مما لا يمكن اخفائه) . حيث لم يظهر كذب المشترى فى دعواه التلف دون صنعه .

الثانية : اذا كان محل الخيار مما يغاب عليه ولكن ثبت تلفه أو ضياعه ببينة « لأن هلاكه ظاهر بغير صنعه ، وأنه غير متعد فى قبضه كالرهن والعارية » .

وفيما وراء هذا الأصل ، أو بعبارة أخرى فيما كان محترزا عنه بقيود

---

(١) الهداية وفتح القدير والعناية والكفاية ٥/٥٠٦ .

(٢) المواق على خليل نقلا عن ابن يونس ٤/٤٢٢ .

الصورتين السابقتين (صورة ما لا يغاب عليه ولم يثبت كذب المشترى ، وصورة ما يغاب عليه وثبت أن التلف ليس بصنع المشترى) يكون الضمان على المشترى وذلك يشتمل على الصور الثلاث التالية :

الأولى : أن يكون محل الخيار مما يغاب عليه ولا بينة للمشترى بالتلف أو الضياع « لأن قبضه خارج من قبض الأمانة وانما قبضه لمنفعة نفسه وعلى وجه المبايعة دون الأمانة وكقبض الرهن والعارية التى جعلها النبى ﷺ مضمونة فى السلاح ، فكان ما يغاب عليه مثله .

الثانية : أن يكون محل الخيار مما لا يغاب عليه ولكن ظهر كذب المشترى .

الثالثة : ومثله ما إذا لم يظهر كذبه ولكن نكل عن اليمين لأن نكوله ينافى صدقه فى دعواه[1] لتردد النكول بين البذل أو الاقرار[2] .

وعلى الطرف المقابل للمالكية وقف الحنابلة من حيث إنهم جعلوا الملك للمشترى ، فذهبوا أيضا إلى أن ضمان محل الخيار على المشترى « لأن ملكه ، وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار . ومئونته عليه . . »[3] . وهذا على اطلاقه (قبل القبض أو بعده) اذا كان محل الخيار من غير المكيل أو الموزون ونحوهما كالمعدود والمذروع شريطة أن لا يكون عدم القبض ناشئا من منع البائع .

أما إذا كان محل الخيار من المكيل أو الموزون ونحوهما فلابد من القبض ليظل ضمانه على المشترى، فان كان القبض لم يحصل فالضمان حينئذ على البائع . وليعتبر الحكم فى المكيل والموزون استثناء ، بل هو الذى تقتضيه

---

(١) المواق على خليل ٤٢٢/٤ والخرشى على خليل ٣٠/٤ والدسوقى على الشرح الكبير ١٠٤/٣ .

(٢) ان زيادة صور الاستثناء عن الصور السابقة المعتبرة أصلا لا أثر له ، لأن أصالة تلك الصور من حيث انسجامها مع جعل الملك للبائع فلا ضير من أن تكثر الاستثناءات المخالفة للمبدأ المنطقى .

(٣) المغنى لابن قدامة ١٥٣/٣ .

أصول الحنابلة من اعتبارهم القبض ضميمة لابد منها فى المكيل والموزون لينتقل ضمانه عن البائع إلى المشترى ، وهو حكم يتفق فيه البيع المقيد بالخيار والبيع المطلق[1] وعلّله ابن قدامة بأنه يتعلق به حق توفية ، وجاء فى كشاف القناع ما يدل على المراد بهذه العبارة وهو أن المراد بالقبض فى المكيل والموزون هو اكتياله أو وزنه ، وليس مجرد التخلية كما هو عند الحنفية ، فبالاكتيال يعرف هل وصل إلى المشترى حقه كاملا أم نقص منه أو زاد عنه . . .

والزيدية بعد أن جعلوا محل الخيار ملكا للمشترى مضوا فى ذلك إلى آخر الشوط فقالوا : ان تلف قبل الفسخ ضمنه المشترى[2] .

وليس الحال كذلك لدى الامامية بالرغم من قولهم بتمليك المشترى لمحل الخيار بالعقد ففي الضمان قالوا انه على من ليس له الخيار شريطة حصول القبض ، لأن من ليس له خيار قد استقر عليه العقد ، فاذا كان الخيار للبائع فالضمان على المشترى (وهذا منسجم مع قولهم بأن الملك له) وإذا كان الخيار للمشترى فالضمان على البائع ، وهم فى هذا يتركون الأصل السابق .

وقد تعرض الحلّي المعروف بالمحقق إلى مسألتين للمقارنة وهى ما لو كان التلف قبل القبض فالضمان من البائع . وما لو كان التلف بعد القبض وبعد انقضاء الخيار فالضمان حينئذ من المشترى ولا ريب[3] .

وللاباضية أقوال ثلاثة فيمن عليه الضمان : البائع مهما كان صاحب الخيار ، أو المشتري مطلقا أيضا (ويتضمن الثمن ان اشترط هو الخيار ، والقيمة ان اشترطه البائع) ما لم يمنعه البائع منه أما إذا منعه فضمانه على البائع ، والقول الثالث ان ضمانه على البائع مطلقا من حيث المنع وعدمه وكائنا من كان صاحب الخيار[4] .

---

(١) المغنى ٢١٩/٤ مع الشرح الكبير وفى المغنى : وقبض كل شىء بحسبه ، فان كان مكيلاً أو موزونا بيع كيلا أو وزنا فقبضه بكيله ووزنه . (٢٢٠/٤) ونحوه فى كشاف القناع ٢٤٦/٣ .

(٢) البحر الزخار ٣٥٠/٣ .

(٣) شرائع الاسلام ١٧٠/١ والمكاسب ٣٠٠ نقلا عن السرائر ومفتاح الكرامة .

(٤) شرح النيل ٥٦٤/٤ .

كيفية الضمان :

وفى الصور التى يكون الضمان فيها من المشترى يضمن الأكثر من ثمنه والقيمة ان كان الخيار للبائع ، لأن من حقه اختيار الامضاء ان كان الثمن أكثر ، والرد ان كانت القيمة أكثر – الاّ أن يحلف المشترى أنه ما فرط وضمانه هو الثمن – ومثله ما لو كان الخيار للمشترى وغاب عليه وادعى ضياعه ولم تكن له بينة فيضمن الاكثر من الثمن والقيمة .

أما اذا كان الخيار لهما ، فالظاهر تغليب جانب البائع ، أى الأكثر من الثمن أو القيمة .

وفى حالة الضمان من البائع اذا كان قد قبض الثمن وغاب وادعى التلف – والخيار لغيره للمشترى أو الأجنبى – فيضمن الثمن ، أى يرده ان قبضه . والمراد من القيمة قيمته يوم قبض المشترى المبيع ولا يكلف اليمينَ مع الضمان [1] .

المبحث الرابع

أثر الخيار على زيادة المبيع وغلته ونفقته

سنتكلم عن غلة المبيع وزيادته وأثر الخيار على ذلك . أما النفقة فمن المقرر أن النفقة يجرى عليها حكم الغلة ، فمن تكون له الغلة تترتب عليه النفقة ، لأن الغرم بالغنم [2] .

وقبل التعرض إلى ملك الزوائد التى تحدث فى محل الخيار لابد من بيان أنواع تلك الزوائد ، وهى الأنواع التى ترجع إلى كون الزيادة متصلة أو منفصلة ، وكل منهما اما متولدة من الأصل أو غير متولدة .على أن الكاسانى ذهب إلى تقسيم غير المتولدة إلى قسمين : أحدهما : الزيادة غير المتولدة لكنها

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ١٠٤/٣ .

(٢) من القواعد الكلية التى صدرت بها مجلة الاحكام العدلية ، المادة/٨٧ .

بدل جزء فائت أو ما هو بمعنى الجزء كأرش الجناية ، والثانى ما لم يكن كذلك. وغير الكاسانى من المصنفين لم يحتفل بهذه المرتبة الثالثة من التنويع لأنهم اعتبروا ما كان بدل جزء فائت مندرجا فى قسم الزيادة المتولدة كما يعرف ذكره فى أمثلتها[1] كما سنرى .

١ – الزيادة المتصلة المتولدة ، كالسِمَن فى الحيوان وزيادة وزنه ، والبرء من داء كان فيه ، والنضج فى الثمر ، والحمل الذى يحدث زمن الخيار (أما الموجودات عند العقد فهو معقود عليه كالأم ، فيقابله قسط من الثمن على ما قال الشافعية) .

٢ – الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل ، ومثالها : الصبغ ، والخياطة ، والبناء فى الأرض ، والغرس فيها ، ولتّ السويق بسمن .

٣ – الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل ، ومثالها : الولد ، والثمر ، واللبن،والبيض ، والصوف .

٤– الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل . ومثالها : غلّة المأجور ، وكسب الرقيق وما يوهب له أو يتصدق به عليه ، ومنها أيضا : أرش الجناية على عضو من الرقيق أو الحيوان،والعقر وهو ما يعتبر مهراً للوطء بشبهة . على أن الكاسانى جعل هذين المثالين قسما برأسه سماه : الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل لكنها بدل جزء فائت وهو أرش الجناية ، أو بدل ما هو بمعنى الجزء وهو العُقر[2] . ولا يخفى ان هذا خلاف فى التسمية مع وحدة الحكم .

هذا تقسيم الحنفية للزوائد ، وهم أكثر الفقهاء عناية بتنويعها ، نظرا لتفاوت أحكامها عندهم بحسب تلك الأنواع أما غيرهم فما بين موحّد النظرة

---

(١) البدائع ٢٧٠/٥ والفتاوى الهندية ٤٨/٣ نقلا عن الينابيع ، والمجموع للنووى ٢٢١/٩ ومغنى المحتاج ٤٨/٢ وشرح الروض ٥٣/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٧٠/٥ والفتاوى الهندية ٤٨/٣ نقلا عن السراج الوهاج والنهر الفائق وغيرهما .

إلى الزيادة ، أو مكتفٍ بتقسيم الزوائد إلى متصلة أو منفصلة وادارة الحكم على ذلك فقط .

وإن للزوائد فى محل الخيار أحكاما أهمها اثنان : أحدهما : لمن يكون ملك الزوائد.والثانى:كونها تمنع الرد ، أى تعدم الخيار بإلزام صاحبه بالإجازة دون الفسخ،وهذا الأخير له موقعه المناسب فى مباحث سقوط الخيار فلا تعريج عليه هنا الاّ بمقدار ما يحتاج إليه لضبط أحكام الملك . وسنرى أن الحنفية ضبطوا أحكام ملك الزيادة بحكم امتناع الرد وعدمه . وذهب الحنفية إلى أن الأصل فى الزيادة انها تمنع الرد ويسرى امتناع الرد على جميع أنواعها سوى الزيادة المنفصلة غير المتولدة اتفاقا ، والزيادة المتصلة المتولدة على خلاف . فحيث يمتنع الرد ينبرم العقد ويلزم وتكون الزوائد مطلقا للمشترى الذى صار إليه ملك الأصل . أما فى الزيادة المنفصلة غير المتولدة حيث لا يمتنع الرد وفى الزيادة المتصلة المتولدة حيث اختلف فى امتناعه ، فيحق لنا التساؤل : لمن ملك تلك الزوائد ؟[1] .

الزيادة المنفصلة غير المتولدة :

اذا كانت زوائد محل الخيار من نوع المنفصلة غير المتولدة من الأصل – وليس منها ما جعله الكاسانى قسما مستقلا وهو غير المتولدة لكنها بدل جزء فائت كالأرش ، أو ما هو بمعنى الجزء كالعقر – ففيها يجرى الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه . وهذا الخلاف لا مجال له ان اختار المشترى امضاء العقد لأنه حينئذ يتملك الأصل والزوائد اتفاقا ، لأنه بالامضاء تبين أن الزوائد كسب ملكه فكانت ملكا له.أما ان اختار المشترى الفسخَ وإعادةَ محل الخيار إلى البائع فهل يعيد معها الزوائد أم لا ؟ قال ابو حنيفة : يرد الأصل مع الزوائد بناء على أن ملك المبيع كان موقوفا ، فاذا حصل الفسخ تبين أنه لم يدخل فى ملك المشترى فالزيادة حصلت على ملك البائع فتردّ إليه مع

---

(١) البحر الرائق ١٥/١٦ نقلا عن التتارخانية ، ونقله عنها ابن عابدين أيضا ٥٤/٤ .

الأصل . وعند الصاحبين : المبيع دخل فى ملك المشترى فكانت الزوائد حاصلة على ملكه ، فيظهر أثر الفسخ فى الأصل لا فى الزوائد لأنها بقيت على حكم ملك المشترى فيأخذها هو[1]. وهذه المسألة مبنية على الخلاف الكبير السابق .

الزيادة المتصلة المتولـدة :

وقد سبق ذكر أمثلتها وأوضحها مثال السِمَن . فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن الخيار يسقط بهذه الزيادة . وقد عرفنا أنه يمتنع الرد بتملك صاحب الخيار الأصل والزيادة، لأنه تبين بإمضاء العقد أنه المالك لمحل الخيار فيملك زوائده مهما كان وصفها . وعند الامام محمد لا يبطل الخيار فله أن يختار بين الامضاء والفسخ [2] ويكون مصير هذه الصورة مماثلا للصور السابقة (صورة الزيادة المنفصلة غير المتولدة) حيث يظل صاحب الخيار متمكنا من استعمال خياره .

وقد تعرض ابن نجيم فى البحر لمسألة تبعية الزوائد للأصل فى الملك إذا أجيز البيع وكان الخيار للبائع ، كيف لم تعتبر الزوائد حادثة على ملك البائع تبعا مع اعتبار الأصل (المبيع) لم يخرج من ملكه ؟ فنقل عن المعراج أن « السبب المنعقد فى الأصل يسرى إلى الزوائد المتصلة والمنفصلة لكونها محلا له عند وجود الشرط ، فكما يثبت الحكم فى الأصل يثبت فى الزوائد قال عَقِبه ابنُ نجيم :- يعنى فالأصل وإن بقي على ملك من له الخيار (أى البائع هنا) لا يملك الزوائد إذا أجيز البيع [3] .

وللمالكية منحى آخر فى شأن الزوائد ، فهم لم ينظروا إلى الاتصال والانفصال ، كما لم يعتبروا التولد على اطلاقه بل خصّوا ما يعتبر جزءا باقيا من

---

(1) بدائع الصنائع ٢٧٠/٥ والفتاوى الهندية ٤٨/٣ نقلا عن السراج الوهاج ، شرح المجلة للأتاسى ٢٤٣/٢ والبحر الرائق ٢٦/٦ .

(2) البدائع ٢٧٠/٢ والفتاوى الهندية ٤٨/٣ .

(3) البحر الرائق ٩/٦ .

المبيع فاعتبروه لا ينفصل عنه فى العقد ، ومثّلوا له بالولد والوصف . فالولد لأنه ليس بغَلّةٍ – ومثله الصوف تم أم لا « لأنهما كجزء المبيع ، أى أن الولد كالجزء الباقى ، بخلاف أرش الجناية فإنه كجزء فات وهو على ملك البائع »[1] . يكون مملوكا للمشترى ، وما عداه فهو للبائع ، لأنهم قائلون بأن الملك فى الأصل – زمن الخيار – يظل للبائع حتى يستعمل صاحب الخيار خياره . ويترتب على هذا أن تكون الزوائد كلها – عدا الولد والصوف – للبائع ويشتمل ذلك على :

١ – ما يوهب للمبيع زمن الخيار ان كان أهلا لأن يوهب له – وهو الرقيق – فهو للبائع الاّ أن يشترط المشترى أن يكون له مال المبيع ، فيتبعه حينئذ ما يوهب له ، لأنه بالاشتراط يتبعه المال المعلوم والمجهول وهو ما يوهب له زمن الخيار .

٢ – الغلّة الحادثة زمن الخيار من لبن وسِمْن وبيض ، للبائع أيضا .

٣ – أرش الجناية على المبيع بالخيار للبائع أيضا .

ولا يتغير الحكم فى النوعين الأخيرين باشتراط مال المبيع للمشترى فلا أثر لهذا الاشتراط الّا فى النوع الأول أى ما يوهب للمبيع أما هذان فلا يتبعان مال المبيع بالاشتراط[2] .

ومذهب الاباضية قريب من هذا الاتجاه المالكى وإن خالفوهم فى التطبيق ، فقد فرقوا فى الزوائد بين المنفصلة والمتصلة ، فالمنفصلة كالغلة والنتاج (الأولاد) والعُقر والأرض وقيمة التالف ، وكالنماء أى الصوف والوبر واللبن ومثله كراء الدار، فهذا ملكه لمن كان بيده ، أى لمالكه الأول وهو البائع ، سواء كان المبيع أو بيد المشترى ، هذا إذا كانت منفصلة ، أما المتصلة

---

(١) الدسوقى على الدردير ١٠٤/٣ الخرشى ٣٠/٤ .

(٢) الدردير على خليل بحاشية الدسوقى ١٠٣/٣ – ١٠٤ والمواق على خيل ٤٢٢/٤ .

ومرادهم بالمتصلة : « ما لم تنفصل ولم يحتج لفصلها » ولم يذكروا مثالا ما لهذا النوع ، ولعل المراد كل ما كان من تلك الزوائد السابقة ملتصقا بالمبيع ، فحكمه أنه مملوك لمن بيده الشيء فى الحال ، والقاعدة أنه يكون زمن الخيار بيد المشترى كما ذكر صاحب شرح النيل وأضاف : وظاهره أن المراد بمن فى يده : البائع أو المشترى أى يكون حكم الزيادة تابعا للقبض[1] .

أما الحنابلة فانهم لم يتخلوا عن قاعدتهم السالفة فى ملكية محل الخيار ، حيث جعلوها للمشترى بمجرد العقد قبل ظهور نتيجة الاختيار فالزوائد للمشترى أيضا ويشتمل ذلك على المتصلة والمنفصلة كالكسب والأجرة ، بل لو كانت نماء منفصلا متولدا من عين المبيع كالثمرة والولد واللبن ، والحكم كذلك ولو كان المبيع فى يد البائع قبل القبض (وفى هذه الحال تعتبر الزوائد أمانة عند البائع فلا يضمنها للمشترى ان تلفت بغير تعد ولا تفريط خلافا لحكم المبيع نفسه فهو مضمون قبل قبضه) وسواء تمخض الخيار عن امضاء العقد أو فسخه .

وقد استدل ابن قدامة للمذهب بحديث : « الخراج بالضمان » (الذى رواه الترمذى وصححه) وهذا من ضمان المشترى.واستدل له أيضا بانتقال الملك إلى المشتري،أى فهي تتبعه فى الانتقال . أما الزيدية فقد ربطوا ملك الزوائد بمصير الخيار ، أى باستقرار الملك بعد استعمال الخيار ، فعندهم حكم « الفوائد » أى الزوائد مطلق فى زمن الخيار لمن استقر له الملك لأنها كالجزء منه »[2] .

---

(١) شرح النيل ٥٦٢/٤ .

(٢) كشاف القناع ٢٠٧/٣ - ٢٠٨ والمغنى لابن قدامه ٣٧/٤ والشرح الكبير على المقنع ٧١/٤ والبحر الزخار ٣٥٠/٣ .

المبحث الخامس

أثر الخيار على تسليم البدلين

من قضايا الخيار المتفرعة عن مبحث حكم الخيار قضية التسليم التى ظهرت بوضوح فى مبحث نقل الملك وعدمه .

فالتسليم هل يجب أم لا ؟ وعلى القول بعدم الوجوب هل يصح اشتراطه ؟ وأخيرا هل يجوز القيام به تطوّعا ؟

المطلب الأول

عدم وجوب التسليم

اتفق الفقهاء على أنه لا يجب تسليم البدلين فى مدة الخيار فى حال الاطلاق وعدم اشتراط التسليم ، فليس بواجب على البائع تسليم المبيع ابتداء ، ولا يجب على المشترى تسليم الثمن ابتداء لاحتمال الفسخ ما لم تمض مدة الخيار ، أو يسقط صاحب الخيار خياره[1] .

أما التسليم للثمن أو المبيع اختيارا وطواعية فلا مانع منه أى لا يبطل الخيار (ولا كراهة فيه) عند الحنفية والمالكية – مع استثناءات قليلة – والشافعية والحنابلة والامامية[2] ، فإذا بادر أحدهما أو كلاهما إلى تسليم ما بيده – فى مدة الخيار فهو جائز ، لأى منهما كان الخيار ، ولا أثر للتسليم على الخيار فنقد الثمن للبائع أو دفع المبيع للمشترى لا يبطل الخيار شريطة أن يكون تسليم البائع المبيع للمشترى على وجه الاختبار والنظر فى صلوحه أو عدمه ،

---

(١) فتح القدير ٤٩٩/٥ والهندية ٤٢/٣ والبحر الرائق ١٥/٦ والمغنى ٥١٨/٣ .

(٢) الدسوقى ٩٤/٣ و ٩٦ والمجموع ٢٢١/٩ – ٢٢٣ شرح الروض ٥٤/٢ والمكاسب نقلا عن التذكرة ص ٣٠٢ والبحر الرائق ٥٤/٦ المجموع ٢٢٣/٩ .

أما ان سلمه المبيع على وجه التمليك – والخيار للبائع – فإن خياره يبطل[1] .

إلاّ أن هناك حالةً خاصة هى ما لو جاءت صيغة الخيار بصيغة التعليق على النقد، بأن قال : ان لم أنقدك الثمن فى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا. فالنقد هنا يسقط الخيار. وهذا فى الحقيقة نوع من خيارات الارادة مقيس على خيار الشرط ويتميز عنه باسم وأحكام خاصة حيث يدعى (خيار النقد) وسيأتى .

إذا سلّم أحدهما تطوعا فامتنع الآخر فقد اختلف فيه الفقهاء ، فأبو حنيفة ذهب إلى أنه لا يجبر الآخر على التسليم أيّا كان صاحب الخيار وله استرداده . ومذهب الشافعية عدم اجبار الآخر أيضا وهم يقولون بأن لمن سلم مؤمّلا التسليم من صاحبه فلم يحدث فله أن يستردّ[2] .

وذهب أبو يوسف إلى التفريق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشترى ، ولا يظهر رأي محمد فى هذه المسألة . على أن هناك عبارة مشكلة نقلها صاحب البحر عن جامع الفصولين نصها : « إذا كان الخيار للبائع فإنه يملك مطالبة المشترى بالثمن بخلاف ما اذا كان للمشترى » ولا يمكن إزالة ما بين شطريها من تناقض الاّ باعتبار الأساس للشطرين مختلفا والأول على رأى الصاحبين القائلين بنقل الملك ، أما الشطر الأخير من العبارة فهو على مذهب أبى حنيفة الذى ينفي نقل الملك أصلا[3] .

أما المالكية فإنهم بعد أن أجازوا النقد تطوعا استثنوا من ذلك أربع مسائل عدّدها خليل فى مختصره وتناولها الشراح والمحشون بالتفصيل ، غير أن

---

(١) فتاوى قاضيخان ١٧٩/٢ والبحر الرائق ١٠/٦ نقلا عن جامع الفصولين – ٢٤٤/١ – وقد وقع فيهما بلفظ « الاختيار » مصدر اختار ، ولعل الصواب « الاختبار » من اختبر ، لأن الاختيار إن قصد به اختيار العقد فهو فى معنى التمليك ، وإن قصد به اختيار الفسخ فلا داعى لتسليم المبيع للمشترى ، فالمراد اذن التسليم لأجل النظر والخبرة . وربما صحت الكلمة كما جاءت على معنى عمل الاختيار وهو التأمل والنظر.

(٢) البحر الرائق ٥٤/٦ المراجع السابقة للحنفية والفتاوى الهندية ٤٢/٣ وشرح الروض ٥٤/٢ .

(٣) البحر ١٠/٦ عن جامع الفصولين ٢٤٤/١ والغريب أننى لم أجد فى جامع الفصولين الاّ الشطر الأخير من العبارة بعد طول البحث ، وكذلك استشكل العبارة الأستاذ شفيق أيوب فى خيار الشرط ١١٢ .

الشارح الدردير ذهب إلى أنه لا خصوصية للاربع المذكورة ، أى فهى مجرد أمثلة ، « وضابط ذلك كل ما يتأخر قبضه بعد أيام الخيار يمنع النقد فيه » ثم أشار إلى أنه مخصوص بكون الثمن مثليا وقد عبر عنه ابن رشد فى المقدمات ٥٦٢/٢ بقوله : « ما لا يمكن التناجز فيه بعد أمد الخيار . لأنه إن تم البيع دخله فسخ الدَين » .

أما الصور الأربع التى اعتبرت أمثلة لهذا الضابط إذا تضمنت خيار الشرط فهى :

١ – بيع الشيء الغائب .
٢ – والكراء .
٣ – والسلم .
٤ – وبيع الأمة المواضَعة وهى التى يتواضع مثلها أى توضع عند أمين انتظارا لظهور براءتها من حمل أو تبيّن حمل . .

والعلة فى هذه الأمثلة الأربعة وسواها ان النقد فى ذلك يؤدى إلى أن ما فى الذمّة – وهو الثمن الذى قبضه البائع – يفسخ فى مؤخر وهو المبيع الذى يتأخر قبضه ، لأن المبيع إذا تم بانقضاء زمن الخيار فقد فسخ المشترى الثمن الذى له فى ذمة البائع فى شئ لا يتعجله الآن[1] .

وقد ذكروا وجه الفرق بين البيع والكراء فى جواز النقد تطوعا فى الأول دون الثانى بأن اللازم فى النقد فى البيع مع الخيار التردد بين السلفية والثمنية وهذا انما يؤثر مع الشرط ، واما الكراء حيث كان فيه الخيار فاللازم فيه فسخ ما فى الذمة فى مؤخر ، وهذا يتحقق فى النقد ولو تطوعا[2] .

---

(١) الدردير وحاشية الدسوقى ٩٧/٣ والخرشى ٢٥/٤ والحطاب والمواق ٤١٨/٤

(٢) الخرشى ٢٥/٤

المطلب الثـانى

التسليم بالاشتراط

أما تسليم المبيع فى حال الاشتراط فأحكامه تستمد طبيعتها من أساس آخر يدور حول ضرورة اختبار المبيع والنظر فى صلاحه للمشترى وحاجته إليه وذلك لابد فيه من معاينة وبما أن هذه الغاية يفترق فيها المثلى عن غير المثلى – وهو الذى يصطلح المالكية على تسميته بالمقوّم ، أو ما يعرف بعينه فقد كان لهذا أثره فى تحديد الأحكام :

فالمبيع اذا كان مثليا فاشتراط التسليم للمشترى وغيبته عليه مفسد (بل ان الفساد يشمل اشتراط البائع ذلك) ، أما التسليم لأحدهما والغيبة عليه دون اشتراط فلا مانع منه .

والعلة فيه تردد المبيع بين السلفية والثمينة وهو فى حال غيبة المشترى ظاهر ، وأما فى غيبة البائع فيقدرأن المشترى كأنه التزم شراء المثلي – وأخفاه فى نفسه – وحين شرط البائع الغيبة عليه أسلفه له ، فيكون بيعا ان لم يَردّه ، وسلفا إن رده ، أما لوكان المبيع من غير المثليات وهو ما يعرف بعينه فاشتراط تسلمه والغيبة عليه من المشترى جائز وملزم[1] .

وإذا لم يقع اشتراط تسليم المبيع للمشترى – وهو غير مثلى – فإذا طلب تسلمه أيُجاب إلى طلبه أم لا ؟

ينظر إلى كيفية اشتراطه الخيار ، فان كان قد بيّن أنه يشترط الخيار للاختبار وهو يريد الآن قبض المبيع ليختبره – والبائع يأبى – يقضى للمشترى بتسلمه . وإن كان بين الغرض من الخيار بأنه للمشورة والتروى فى الثمن لم يقض له بأخذ المبيع . وفى حال الاطلاق يحمل على التروى ، أى لا يقضى له

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ٩٥/٣

بتسلمه إلّا إذا ادعى كل منهما رغم الاطلاق غير ما ادعاه الآخر فيفسخ البيع [1].

فإذا كان الخيار للمشترى – والتسليم كما سبق ليس واجبا عليه ولا على البائع – فبادر المشترى إلى تسليم الثمن فيجبر البائع حينئذ على تسليم المبيع إليه. وكذلك لو كان المبادر للتسليم هو البائع فيجبر المشترى على تسليم الثمن. وبالرغم من ذلك يبقى البائع أو المشترى على خياره، ولا يعتبر التسلم اسقاطا فى أصح الروايتين.

أما إذا كان الخيار للبائع وبادر المشترى إلى نقد الثمن وطالب بتسليم المبيع فامتنع البائع من ذلك لم يجبر على التسليم غير أنه يجبر على رد الثمن [2]. ولم يذكروا تعليلا لهذه التفرقة، لكن يمكن أن تكون العلة ابتناء هذا على ما ذهب إليه أبو يوسف مع محمد من القول بنقل الملك للمشترى اذا كان الخيار له، فالتسليم منه مستدع اجبار البائع على التسليم لأن البائع لم يبق له ملك للمبيع لعدم اشتراطه الخيار، اما فيما اذا كان الخيار له فالملك له أيضا فلا يجبر على التسليم بمجرد مبادرة المشترى لتسليم الثمن مادام هو على خياره.

أما فى حال الاشتراط عند المالكية فلابد من البحث فى كل من الثمن والمبيع على حدة : أما اشتراط تسليم الثمن – والخيار قائم – فقد نص المالكية على المنع اذا كان الثمن من المثليات، والعلة فيه تردد العقد عندهم حينئذ بين السلفية (فى السلف) والثمنية (فى البيع) تبعا لفسخ العقد أو امضائه، وذلك عند المالكية من الأمور المفسدة، لكن ابن رشد الحفيد قال عن هذا : فيه ضعف [3]. ومن المفيد الاشارة إلى أن ابن قدامة من الحنابلة والنووى من الشافعية ذكرا لِمذهب المالكية فى المنع (دون التفرقة بين اشتراطه أو التطوع به) علة لم أجدها لهم فى كتبهم المتداولة تلك العلة هى أن النقد فى الخيار فى

---

(١) الدسوقى ٩٤/٣ والحطاب ٤١٤/٤ والخرشى ٢١/٤ والمقدمات ٥٥٨/٢

(٢) الفتاوى الهندية ٤٢٠/٣ والبحر الرائق ١٥/٦ والعتابى على الزيادات (مخطوط)

(٣) بداية المجتهد ٢١٠/٢ .

معنى بيع وسلف إذا أقبضه الثمن ثم تفاسخا البيع صار كأنه أقرضه إيّاه ، ثم ناقش ذلك بأن النقد حكم من أحكام المبيع فجاز فى مدة الخيار . وما ذكره الحنابلة علةً لا يصلح،لأننا لم نجز التصرف له .

ولو أن غير المالكية فى مناقشتهم لما ذهبوا إليه من منع الاشتراط أصابوا محز العلّة عندهم لكان ذلك ما يهدفون إليه ، ولكنهم تناولوا علة لم يتعرض لها أصحاب الكتب المتداولة ، ولعلها فى كتب متقدمى المالكية .

وعلى أى حال فإن ما ذهب إليه المتأخرون من التعليل من أن فيها بيعا مشروطا فيه سلف غريب جدا لأن ذلك لا ينطبق إلاّ فى حال انفساخ العقد ، وليس من (المألوف) هذا التلفيق فى انتزاع العلل للمنع أو الجواز فالمتعاقدان الآن تجاه بيع فيه خيار،والنقد فى البيع – كما قال الحنابلة والشافعية – حكم من أحكامه لا ينحسر فى الخيار الاّ بدليل،وأما احتمال التصرف فيه فهو ممنوع منه بالنصوص العامة من الشريعة . فالراجح – كما يبدو – هو ما ذهب إليه الجمهور من جواز التسليم بالاشتراط .

أما حكم البيع السابق عند المالكية فهو الفسخ ولو اسقط شرط النقد على المعتمد وقد اختلف الحكم هنا عنه فى البيع اذا صاحبه شرط السلف فهناك إذا أراد مشترط السلف اسقاطه صح البيع ، والعلة فى التفرقة ان الفساد فى اشتراط النقد فى البيع بخيار واقع فى الماهية لأنه غرر فى الثمن إذ المقبوض لا يدرى هل هو ثمن أم لا ؟ أما مسألة اشتراط السلف فى البيع فان الفساد فيها موهوم وخارج عن الماهية ، على أن هذه التفرقة فى الحكم بين المسألتين لم تُرضِ ابن رشد (الجدّ) فقال : وفى كتاب سحنون انه كالبيع ، ولا فرق عندى بين المسألتين .

ومثل ذلك عندهم ما إذا تواطآ على النقد قبل البيع ولم يذكراه شرطا فى عُقدة البيع [1] .

---

(١) المقدمات لابن رشد ٥٦٢/٢ الدسوقى ٩٦/٣ الحطاب ٤١٧/٤ .

ومذهب الشافعية أنه بتسليم أحدهما ما بيده لا يجبر الآخر على التسليم ، وللأول استرداد المدفوع ، وفى المذهب وجه ضعيف أنه ليس له استرداده وله أخذ ما عند صاحبه بغير رضاه قال النووى : وممن حكى هذا الوجه الرافعى [1] .

وقف الثمن :

تعرّض المالكية للمسألة التالية : لو طلب البائع وقف الثمن أى اخراجه من يد المشترى ووضعه على يد أمين حتى يتبين مآل أمر البيع هل يتم فيأخذه البائع أولا فيرجع إلى المشترى ، وأجابوا عن ذلك بأنه لا يجب ذلك على المشترى اتفاقا – على ما قال بعضهم – وحكى آخرون قولا بالاتفاق على أنه يلزم المشترى ذلك ، وقاسوه على المشهور فى بيع الأمة المواضعة ، وبيع الغائب من لزوم إيقاف الثمن ، والذين لم يقبلوا هذا رأوا فرقا بين هذا وبين المقيس عليه ، ففي الأمة المواضعة والغائب ، قد انبرم العقد.أما فى البيع المقترن بخيار الشرط فإنه لم ينبرم . قال الحطاب : ونقله ابن الحاجب وصاحب الشامل وغيرهما [2] .

الفـــرع التاسع

زوال الخيـــار

خيار الشرط ، باعتباره مؤقتا – إما أن يظل إلى أن يحل أجله بانقضاء المدة أو ما فى حكمها وهو باستعمال الخيار بالفسخ أو الامضاء أو بانقضاء المدة وهو بمنزلة الامضاء وذلك كله يحسن تسميته انتهاء الخيار ، واما أن يخترم قبل ذلك بمانع يتعذر معه الفسخ الذى هو « موضوع الخيار ومقصوده » . وأسباب هذا الأخير اضطرارية ليست من صنع صاحب الخيار . ولعل من المفضل أن يسمى ما ينشأ عنها « سقوطا » للخيار ، وتسمى هى « مسقطاته »

---

(١) المجموع ٢٢١/٩ واسنى المطالب ٥٤/٢ والمغنى ٥١٨/٣ وكشاف القناع ٢١٠/٣

(٢) الحطاب على خليل ٤١٧/٤ .

أو « أسباب سقوطه » إزاء تسمية ما يحدث عن تلك الأسباب الاختيارية باسم « انتهاء الخيار » .

ثم ان « سقوط الخيار » ينشأ عنه دائما لزوم العقد ، أما « انتهاء الخيار » فهو كما ينشأ عنه اللزوم قد ينشأ عنه فسخ العقد كما إذا استعمل خياره للفسخ ، فتسميته السقوط واضافتها للخيار على ظاهر اللفظ ، أما في « انتهاء الخيار » فالمراد انتهاؤه وزواله سواء زال بإمضاء العقد ولزومه أو باستعمال حق الفسخ وزوال العقد من أساسه .

وأخيرًا لابد من التعرّض لحالة (اسقاط الخيار) وان كانت صورة غير عملية كما سنرى :

المبحث الأول

اسقاط الخيار قبل قيامه

لا يتصور اسقاط خيار الشرط قبل ثبوته ، لأنه خيار ارادى لابد لثبوته من تنصيص المتعاقدين على اشتراطه فلا معنى لأن تتفق ارادتهما على اشتراطه ثم يتفقان ثانية على اسقاطه قبل قيامه وموطن ذلك الاسقاط قبل الثبوت هو الخيارات الحكمية التى تثبت بنص الشارع .

أما الاسقاط فى أثناء المدة فما هو الّا صورة من صور امضاء العقد . لكن للشافعية فروعا نصّوا فيها على صحة اسقاط بعض المدة كما لو كانت المدة التى اشترطها المتعاقدان للخيار ثلاثة أيام مثلا ثم أسقطا اليوم الثالث فيسقط ذلك اليوم دون ما قبله . أما لو أسقطا اليوم الأول فإنه تسقط الأيام الثلاثة كلها ولو أسقطا اليوم الثانى وحده يسقط هو وما بعده لامتناع اشتراط خيار متراخٍ عن العقد فكذلك يمتنع استبقاء خيار متراخٍ[1] .

---

(١) المجموع ١٩٢/٩ .

المبحث الثانى

سقوط الخيار

يسقط الخيار قبل استعماله بعدد من الأسباب ، هى : البلوغ فى حق الصبى الذى عقد عنه وليه أو وصيه ، الجنون ونحوه ، عجز المكاتب عن الأداء ، وأخيرا موت صاحب الخيار على خلاف فى هذا السبب الأخير. فضلا عن خلاف الزيدية فى مسقط الجنون ونحوه (وسيأتى فى انهاء الخيار بمضى المدة) .

المطلب الأول

بلوغ الصبى مستحق الخيار

يرى الإمام ابو يوسف من الحنفية أن دخول الصغير صاحب الخيار فى طور البلوغ . فى مدة خيار الشرط وغيره من الخيارات المحددة بوقت يسقط به الخيار للولى أو الوصى سعيا منهما لمصلحة الصبى ويلزم به العقد . أما الإمام محمد فقد جزم بأن الخيار لا يسقط ثم تعددت الروايات عنه فى مصير الخيار بعدئذ هل ينتقل إلى الصغير فى المدة أو بدون تحديد مدة ، أو يبقى للوصى أو الولى وعلى قوله بالانتقال إلى الصبى لا يملك الوصى أو الولى الاجازة لكنه يملك الفسخ لأنه من باب دفع الحق . فيملكه (لتسهيل تقوية حقوق الصغير قبل التصفية) نظير ملك الفضولى فى البيع فسخ العقد وإن لم يملك مباشرة الاجازة . مستند القول بالسقوط ان الخيار يثبت للولى بسبب هو ولاية الفسخ والاجازة وقد بطل بالبلوغ ، فلا يحتمل الانتقال إلى الصبى [1] .

---

(١) البدائع ٥/٢٦٧ - ٢٦٨ الفتاوى الهندية ٣/٥٤ قاضيخان ٢/٢٠٠ .

المطلب الثانى

طرؤ الجنون ونحوه [تغير المحل]

قد يطرأ الجنون على العاقد صاحب الخيار ، ومثله (ما هو فى محله من حيث ذهاب العقل وعجز الانسان عن اظهار موقفه ، كالاغماء والنوم أو السكتة فإذا بقى ذلك حتى استغرق وقت الخيار من حالة توقيته سقط الخيار لكن سقوطه ليس لكون الجنون من أسباب سقوط الخيار ، بل لانقضاء المدة دون صدور فسخ منه ، فالجنون نفسه ليس مسقطا بل استغراق الوقت كله دون فسخ ولذا لو أفاق خلال المدة كان على خياره فيما بقى منها فى الأصح لدى الحنفية . قال ابن نجيم : والتحقيق أن الاغماء والجنون لا يسقطان الخيار وانما المسقط له مضى المدة من غير اختيار.واختلف الحكم فى السكر هل هو بحكم الجنون أم يفرق بين ما يحصل منه بالبنج ونحوه من الوسائل المستخدمة فى الطب وبين السكر بالمحرم وينظر فى المطولات .

المطلب الثالث

تغيّر محل الخيار

وهذا المسقط خلافي فكلما تعذر الرد بالحال التى كان عليها المبيع قبل تسلمه سقط الخيار (على تفصيل سبق معظمه فى آثار الخيار على الزيادة والنقصان وملكها) .

الهلاك والتعيّب والنقصان : يسقط الخيار بهلاك المبيع قبل القبض بلا خلاف بين الفقهاء أسوة بالعقد البات ، فهذا أولى لأنه أضعف منه لوجود شرط الخيار . أما ان كان الهلاك بعد القبض فقد اختلفت فيه المذاهب فهو مسقط للخيار عند الحنابلة مطلقا[1] ، وهو بمثابة الفسخ للعقد وسقوط الخيار

(١) الهندية ٤٣/٣ البحر ٢٠/٦

(٢) المغنى ٥٠٩/٣ مطالب أولى النهى ٩٩/٣ كشاف القناع ٢٠٩/٣

تبعا عند المالكية[1] . أما الحنفية والشافعية فيربطونه بمسألة انتقال الملك ، فهو عند الحنفية يفترق بين كون الخيار للبائع وحده أو له وللمشترى – فالملك للبائع – فإذا هلك لم يمكن المبادلة عليه فينفسخ العقد ويبطل الخيار . أما إن كان الخيار للمشترى فالهلاك فى عداد مسقطات الخيار التى يلزم بها العقد لأنه عجز عن التصرف بحكم الخيار حين أشرفت السلعة على الهلاك . والشافعية يقولون : ان كان الخيار للبائع وحده ينفسخ العقد ، لأن الملك للبائع وتعذر نقله ، أما إن كان الخيار للمشترى أو لهما معا فلا أثر للهلاك على العقد أوالخيار وإنما تتأثر تصفية هذا العقد ، فإن اختار صاحب الخيار الامضاء فالواجب هو الثمن وإن اختار الفسخ فالواجب رد المثل أو القيمة بدلا عن المبيع[2] .

ومثل الهلاك النقصان بالتعيب بما لا يحتمل الارتفاع أو لا يرجى زواله مهما كان قدره أو فاعله،لإخلال النقصان بشرط الرد كما قبض . أما لو كان يرجى زواله كالمرض فالخيار باق ولا يرد حتى يبرأ فى المدة فإن مضت ولم يبرأ لزم المبيع .

الزيــادة : إن كان الخيار للبائع فلا خلاف أنها لا أثر لها فى سقوط الخيار ، وإن كان الخيار للمشترى فلا أثر لها أيضا عند الجمهور مهما كان نوعها. وكذلك الحنفية فى الزيادة المتصلة المتولدة ، أو المتصلة غير المتولدة . أو المنفصلة غير المتولدة . أما المنفصلة المتولدة من الأصل فانها تسقط الخيار لتعذر ورود الفسخ عليها لأنها غير مبيع فالرد بدونها مؤد لشبهة الربا،وان ردها مع الأصل كان ربحَ ما لم يضمن . والراجح ما ذهب إليه الجمهور فإن الفسخ يمكن أن يُرد على الزيادة باعتبارها تبعا لأصلها[3] .

---

(١) الخرشى ٣١/٤ الحطاب ٤٢٣/٤ الدسوقى ١٠٥/٣ .

(٢) البدائع ٢٧٢/٥ و ٢٦٩ فتح القدير ١١٧/٥ المبسوط ٤٤/١٣ المجموع ٢١٩/٩

(٣) البدائع ٢٦٤/٥ و ٢٨٦ وفتح القدير والعناية ١٦٠/٥ كشاف القناع ٥١/٢ ط ١ الخرشى ١٢٠/٥ مغنى المحتاج /٤٨٢ .

المطلب الثالث

امضاء أحد الشريكين

إذا تعاقد شريكان مع آخر على أنهما بالخيار فأجاز أحدهما دون الآخر سقط الخيار بالنسبة لهما جميعا ولزم العقد ، وهذا عند أبى حنيفة بحيث لا يملك الشريك الآخر الفسخ ، أما عند الصاحبين فالخيار لا يسقط عمّن لم يجز العقد بل يبقى خياره على حاله [1] .

المطلب الرابع

عجز المكاتب

فى صورة اشتراط المكاتب خيار الشرط لنفسه فى بيع تابيعه فى مدة مكاتبته يعتبر عجزه عن المكاتبة مسقطا للخيار ويلزم البيع وذلك باتفاق أئمة الحنفية . لأنه لما عجز وردّ إلى الرق لم يبق له ولاية الفسخ والاجازة ، فيسقط الخيار ضرورة ، كما يسقط بالموت عند الحنفية [2] .

المطلب الخامس

موت صاحب الخيار

موت صاحب الخيار مختلف بين الفقهاء فى اعتباره مسقطا للخيار ، وله صلة وثيقة بعنوان آخر هو أولى به للتفصيل وهو (انتقال الخيار) فيعالج فيه القول بإرثه أو عدم إرثه عند الموت أو طروء الجنون والحجر . . . ولذا تكفي هنا هذه النبذة : إن الحنفية والحنابلة ذهبوا إلى سقوط الخيار بالموت فيلزم العقد ، سواء كان الخيار للبائع أو المشترى وسواء كان صاحب الخيار أصيلا أو نائبا (وكيلا أو وصيا أو وليا) فبموت من له الخيار يسقط .

---

(١) الفتاوى الهندية ٤٣/٣ البحر ٢٠/٦ .

(٢) البدائع ٢٦٧/٥ و ٢٦٨ .

(٣) البدائع ٢٦٨/٥ .

أما وفاة من عليه الخيار فلا يسقط بها الخيار ، بل يبقى الخيار لصاحبه ويكون رده إن شاء الرد فى مواجهة الورثة . قال السرخسى : « وأجمعوا أنه إذا مات من عليه الخيار فإن الخيار باق »[1] ومراده : إجماع أئمة الحنفية كما هو معروف من أسلوبه .

أما المالكية والشافعية ، فقد ذهبوا إلى بقاء الخيار للورثة ، فموت صاحب الخيار عند هؤلاء ليس مسقطا ، بل هو ناقل فقط .

وسنرى الحديث عن أدلة وتعليلات الطرفين والراجح من الرأيين . تحت عنوان : انتقال الخيار .

المبحث الثالث

انتهـاء الخيـار

تمهيـد :

انتهاء الخيار بأحد الأسباب التى ستأتى قد يرافقه لزوم العقد – وهو الغالب – وقد ينتهى الخيار والعقد معا وذلك فى صورة واحدة حين يستعمل صاحب الخيار خياره بالفسخ للعقد لا الامضاء له فينتهى العقد ويستلزم ذلك انتهاء الخيار معه .

وأسباب انتهاء العقد يختلف عددها بحسب المذاهب وتصانيف الفقهاء لأمر غير الاختلاف المذهبى وهو عدم التفرقة بين ما يسقط به الخيار

---

(١) المبسوط ٤٢/١٣ .

وما ينتهى به،تلك التفرقة القائمة على أن المسقط للخيار ينصرف إلى ما يقطع الخيار بالضرورة لا بالاختيار والارادة[1].

فأسباب الاسقاط طارئة غير إرادية . أما انتهاء الخيار فهو أن يستوفي أجله ويبلغ غايته ، وأسباب الانتهاء كما سنرى كلها ارادية .

لكن أسباب الانتهاء (الارادية أو الاختيارية) نفسها تنقسم إلى نوعين :

١ - أسباب ينتهي بها الخيار أصالة وهى تلك التى تنصب على الخيار فتُنهيه دون العقد فإنه ينقلب من الجواز إلى اللزوم ، وهذا ما يحدث عند : امضاء العقد ، أو مضى المدة دون فسخ عند جمهرة الفقهاء القائلين باعتباره امضاء للعقد ، خلافا للمالكية كما سيأتى .

٢ - أسباب ينتهي بها الخيار تبَعاً ، لأنها لا تتخذ من الخيار غرضا تأتي عليه وانما تنصب على العقد فتزيله ، وبزواله يزول الخيار المقترن به ، ذلك لأن الخيار صفة من صفات العقد وهى لا تبقى بعد زوال الموصوف ، والمثال المنفرد لهذا الانتهاء التبعى هو : فسخ العقد .

ومن الواضح بعد هذه التوطئة صلوح هذه التسمية للتفرقة بين نوعى هذا التقسيم .

---

(١) ان الكاسانى بعد أن سمى الجميع مسقطات للخيار قسّمها إلى نوعين : اختيارى وضرورى (بدائع الصنائع ٢٦٧/٥) . والمالكية يسمون ما يكون سببا لانهاء الخيار : قاطع الخيار ، أما الحنفية والشافعية فيسمونه : مسقط الخيار.

المطلب الأول

انتهاء الخيار أصالة

السبب الأول : امضاء العقد (الاجازة) :

الاجازة – أو الامضاء – تنهى الخيار ، لأن الأصل فى العقد اللزوم والامتناع يعارض الخيار وقد بطل بالاجازة فيلزم العقد[1] .

وتنقسم الاجازة إلى صريح ودلالة ، وبعضهم يلحظ فى هذا التقسيم عاملا آخر هو القول والفعل ، فالقول هو الصريح ، أما الدلالة فهى الفعل وهى كل تصرف لا ينفذ أو لا يحل فى الملك لدلالته على الرضا بلزوم العقد .

أنواعها : الاجازة نوعان : صريح أو شبه الصريح ، ودلالة .

فالصريح ، بالنسبة للبائع ، أن يقول : أجزت العقدَ – أو البيعَ مثلا – أو أمضيته أو أوجبته ، أو ألزمته أو رضيته ، أو أسقطت الخيار ، أو أبطلته . وشبه الصريح ما يجرى مجرى ذلك سواء علم المشترى الاجازة أم لم يعلم[2] . وذكر الحنفية ان صاحب الخيار لو قال : هويت أخذه ، أو أحببت ، أو أعجبنى ، أو وافقنى لا يبطل خياره[3] .

أما الدلالة فهى أن يتصرف صاحب الخيار فى محل الخيار تصرفَ الملاك ، كالبيع ، والمساومة ، والاجارة ، والهبة ، والرهن سلم أو لم يسلم . (والاعتاق والتدبير والكتابة) لأن جواز هذه التصرفات يعتمد الملك ، فالاقدام عليها يكون دليل قصد التملك أو تقرر الملك – على اختلاف الأصلين – وذلك دليل الامضاء[4] . هذا إذا كان الخيار للمشترى فإذا كان

---

(١) البدائع ٢٦٧/٥ .

(٢) البدائع ٢٦٧/٥ فتح القدير ١٢٠/٥ الهندية ٤٢/٣ .

(٣) الهندية ، نقلا عن البحر الرائق ، (٤٢/٣) وهو فى البحر (٢٠/٦) منقولا عن جامع الفصولين.

(٤) البدائع ٢٦٨/٥ .

للبائع فالدلالة على الامضاء فى حقه أن يتصرف فى الثمن بعد قبضه بالبيع أو نحوه ، إذا كان الثمن مما يتعين بالتعيين .

هذا ولا يشترط بقاء المحل للاجازة ، ذلك أنه فى الاجازة يثبت الحكم بطريق الظهور المحض ، وليس الانشاء ، فبالاجازة يظهر أن العقد من وقت وجوده انعقد فى حق الحكم ، والمحل كان قابلا وقت العقد فهلاكه بعد ذلك لا يمنع من الاجازة [1] .

كما لا يشترط علم العاقد الآخر بالاجازة [2] ، فلو أجاز العقد فإنه لازم منذ الاجازة سواء بلغ العاقد الآخر ذلك أم لا .

انهاء الخيار بعوض : ومن مباحث زوال الخيار أيضا الاعتياض عنه لإسقاطه ، والحق أن المراد بالإسقاط هنا امضاء العقد فالمسألة ليست الاّ بذل عوض على امضاء العقد وبذلك ينتهى الخيار ، فما حكم هذا العوض وهل هو كالعوض فى اسقاط الشفعة حيث تسقط ولا يستحق العوض أم أن العوض هنا سائغ و الالتزام به قائم ؟

جاء فى فتاوى قاضيخان أنه لو صالح المشترى البائع صاحب الخيار على دراهم مسماة أو على عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضى البيع جاز ذلك ويكون زيادة فى الثمن . وكذا لو كان صاحب الخيار هو المشترى فصالحه البائع على أن يسقط الخيار فيحط عنه من الثمن كذا أو يزيده هذا العرض بعينه فى البيع جاز ذلك أيضا [3] .

---

(١) البدائع ٥/٢٦٤ .
(٢) الهداية وفتح القدير ٥/١٢٠ .
(٣) الفتاوى الهندية ٣/٤٥ .

السبب الثانى لإنهاء العقد أصالة
مضي المـــدة

تمهيـــد :

مضيّ المدة سبب أصلي من أسباب انتهاء الخيار ، لأنه ينصب مباشرة على الخيار – بخلاف الفسخ الذى يقع أثره على العقد ويتناول بأثره الخيار بالتبعيّة – ومضى المدة ينهي الخيار انهاء ، فليس من الأسباب المسقطة له لأن المسقطات تزيل الخيار باخترام أجله أما فى مضى المدة وأشباهه فإن الخيار يزول بعد أن يبلغ محله . وقد عدّ الكاسانى مضي المدة من المسقطات الضرورية بمقابلة المسقطات الاختيارية،ولعل السبب فى ذلك وقوعه دون ارادة حيث لم يذهب فى التقسيم إلى التفرقة بين كل من مفهومَي (الانتهاء) و (الاسقاط) .

ويبدو للمتأمل ان اعتبار مضي المدة من أسباب الانتهاء ، أو (المسقطات الاختيارية) بتعبير الكاسانى ، أولى من اعتباره فى عداد المسقطات الضرورية ، لأن مضي المدة وإن كان يحدث دون اختيار هو عبارة عن كفّ صاحب الخيار عن الفسخ إلى أن تمضى المدة ، وذلك الكف والامتناع يجرى باختياره وإرادته . وبعبارة أخرى لفقهاء المالكية : مضي المدة هو بمنزلة الاجازة من صاحب الخيار (المشترى ، أو البائع) فهو يسد عن سبب اختيارى ، كما أنه ينم عن الاختيار لأنه ترك للفسخ والاجازة – مع القدرة عليهما – وهذا الترك ناشئ عن اختيار . وقد صرح المالكية بتسمية مضى المدة تركاً حين قسّموا « ما يقطع الخيار » إلى قول ، وفعل ، وترك وهو عدمهما[1] . بالرغم من رأيهم الخاص فى مضي المدة الذى سيجىء الحديث عنه .

هذا وقد رأينا أن مضى المدة هو السبب الحقيقى لانتهاء الخيار

---

(١) الصاوى ١٢٥/٢ .

بالسقوط قبل استعماله فى عدد من حالات السقوط كبلوغ الصبى ، أو الجنون وما بمعناه عند من يقول بأنها من مسقطات الخيار الضرورية .

فقد صرح الفقهاء بأن البلوغ والجنون ونحوهما ليست هى أسباب سقوط الخيار ، بل السبب مضى المدة دون فسخ العقد ولينظر تفصيله . .

وقبل الاقدام على دراسة هذا السبب المنهي للخيار أشير إلى أن بين خيار الشرط وخيار المجلس – عند الآخذين به – كثيرا من الأحكام المتماثلة ، لذا دأبوا على جمع أحكامها والمقارنة بينهما ، ومن ذلك جعلهم مضى المدة فى خيار الشرط نظير (التفرق) فى خيار المجلس ، بازاء جعل امضاء العقد نظير (التخاير) فيه أيضا[1] .

المذاهب فى مضي المدة : اتفق الفقهاء – فى الجملة – على أن مضي المدة ينتهى به خيار الشرط ، ذلك لأنه خيار مؤقت بمدة (سواء كانت بتحديد العاقد ، أو تقدير الشارع فى حال الاطلاق) ، فإذا انقضت المدة التى وقّت بها الخيار فمنْ البدهى أن ينتهي بمضيها « لأن المؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية[2] » واشتراط الخيار فى مدة معلومة منع من لزوم العقد تلك المدة – والأصل هو اللزوم – فبانقضاء المدة يثبت موجَب العقد ، وترك صاحب الخيار الفسخ حتى تنقضى المدة رضاً منه بالعقد .

على ذلك تواردت نصوص الحنفية والشافعية والحنابلة ، الاّ خلافا للقاضى أبى يعلى منهم ، أشار إليه ابن قدامة دون أن يفصل صورة ذلك الخلاف[3] وكذلك الحال فى المذاهب الأخرى : مضي المدة مُنْهٍ للخيار[4] .

---

(١) حاشية القليوبى على شرح المنهج ١٩٥/٢ .

(٢) فتح القدير ٢٦٨/٥ البدائع ٢٦٧/٥ .

(٣) المغنى ٥٢٩/٣ ولم أجد إيضاحا له فى عدة مراجع للحنابلة منها الشرح الكبير على المقنع ٦٩/٤ – ٧١ ومطالب أولى النهى ٩٤/٣ – ٩٦ وكشاف القناع ٢٥١/٣ – ٢٥٤ .

(٤) المراجع السابقة وتذكرة الفقهاء ٥٢١/١ والنيل للثمينى ١٩٥/٢ والتاج المذهب ٤٠٨/٢ « لأنه بتمام المدة يبطل خياره سواء سكت ، أم فسخ وقد تمت المدة » .

أما المالكية فهم فى الحقيقة قائلون بأن مضي المدة ينهي الخيار غير أن لهم اتجاها خاصّا فيما ينتج عن مضي المدة ، فإذا كان الحال عند غيرهم اعتباره امضاءً للعقد من صاحب الخيار كائنا من كان ، فمذهب المالكية انه انتهاء للخيار وليس امضاء للعقد الّا حيث تنقضى المدة والمبيع بيد من له الخيار ، فإذا كان الخيار للمشترى (مثلا) كان ترك المبيع فى يده بمثابة الامضاء ولزوم العقد عليه ، أما إذا كان الخيار للبائع وانقضى الأمد – والمبيع فى يده – فذلك بمثابة الفسخ من البائع . هذا من حيث أداؤه إلى إمضاء العقد . أما اعتبار مضى المدة فسخا أو اجازة فينظر إلى من ينقضى زمن الخيار والمبيع بيده سواء كان صاحب الخيار أو غيره:فإن كان بيد البائع آنئذ فهو فسخ ، وإن كان بيد المشترى فهو امضاء ، قال الدسوقى : « يلزم المبيع بالخيار من هو بيده منهما كان صاحب الخيار أو غيره بانقضاء زمن الخيار وما ألحق به وهو اليوم واليومان[1] ».

وهذا الاتجاه لدى المالكية لا يشاركهم فيه غيرهم – فيما أعلم – وهو غريب جدا عن أحكام الخيار لما فيه من اختلاط الأمر بين من له الخيار ومن ليس له . فلو قيل بصحة اتخاذ القرينة على رغبة المشترى فى امضاء العقد من مجرد ترك المبيع عنده بعد انقضاء الأمد ، لو قيل بصحة ذلك ، فما الوجه فى اتخاذ مثل ذلك الترك من البائع قرينة على رغبته فى الفسخ ، وكيف يصنع لو لم يكن ذلك مرغوبا له وأراد التحرز من مغبّته هل يجبر المشترى على تسلم المبيع ، وكيف يعتبر فاسخا بترك المبيع عنده وهو ليس له خيار أصلا ليستعمله بفسخ أو إمضاء ؟ !

وللمالكية قضية أخرى تفردوا بها ، وهى تمكين من بيده محل الخيار من الرد بالرغم من انقضاء المدة فى مهلة إضافية قدّروها باليوم واليومين[2] ،

---

(١) الخرشى على خليل ٢٣/٤ الدسوقى على الشرح الكبير ٩٥/٣ الحطاب والمواق ٤١٦/٤ الصاوى ١٢٥/٢ : « وقاطعه – أى الخيار – قول وفعل وترك . . . والترك كانقضاء مدة الخيار والسلعة تحت يد من له الخيار » .

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ٩٥/٣ – ٩٦ .

وهذا الرد من شأنه تغيير النتيجة السابقة فإذا كان المبيع عند انقضاء المدة بيد المشترى – (وهذا فى نظرهم امضاء منه للعقد) فبادر إلى رده على البائع فى خلال يوم أو يومين بعد انقضاء الأمد اعتبر ذلك فسخا . وقد أشار الدردير إلى أن هذه المهلة الاضافية المتاحة لتعديل الوضع عند مضى المدة ليست فى كل الأحوال بل هى حيث جرى النص على مدة الخيار ، سواء نص على أقصاها أو ما دونه فى ظاهر المذهب ، فحينئذ تكون له هذه المهلة الاضافية للرد .أما إذا لم ينص على مدة الخيار (وقد عرفنا من مذهب المالكية اعتبارهم ترك التوقيت بمثابة الاتفاق على أقصى المدة) فإنه يلزم المبيع من بيده بانقضاء المدة ولا يفسح له فى أمد الرد لا يوما ولا يومين بعدها . وذكر الدسوقى أن ظاهر المدونة الاطلاق ، كما ذكر أن هذا التقييد هو لأبى الحسن الشاذلى[1] .

وقبل مغادرة الحديث عن المالكية أشير إلى أن غيرهم قد صوّر موقفهم من مضي المدة أنه لا يلزم به العقد ، واستدلوا لهم بأنه نظير الإيلاء حيث لا يلزم بمجرد مضي المدة كما أن مدة الخيار ضربت لحق له لا لحق عليه ، فلا يلزمه الحكم بنفس مرور الزمان . ثم كان ردّهم عليهم أن الخيار يمنع لزوم العقد فإذا انقضت مدته لزم ، أما الايلاء فإن المدة فيه انما ضربت لاستحقاق المطالبة بالفيئة أو التطليق لا لوقوع الطلاق والمطالبة تستحق بمضي المدة ، لأن تقدم المدة ليس سببا لإيقاع الطلاق بخلاف هذه المسألة[2] .

والغريب أن هذا التصوير لا وجود له فى كتب المالكية المتداولة ، فهم مصرحون بأن مضي المدة يلزم به العقد ، الاّ أن لزومه منصب على من بيده المحل ، هذا من ناحية،ومن ناحية أخرى توسعوا فى مدة الخيار – بإلحاق مهلة لرد المبيع ممّن فى يده على الآخر (وهذا نظير توسعهم فى اعتبار مدة إضافية للمدد القصوى للأشياء) . فلا وجه لاعتبار المالكية مخالفين فى

---

(١) الدردير بحاشية الدسوقى ٩٦/٣ .

(٢) المغنى ١١٢/٤ – ١١٣والمجموع ١٩٥/٩ ومغنى المحتاج ٥٠/٢ وتذكرة الفقهاء ٥٢١/١ والمكاسب ٢٩٠ والخلاف للطوسى ٢٣٠/١ .

لزوم العقد بمضي المدة مادام هذا الخلاف ليس فى أصل المسألة بل فى كيفيات معينة سبق لهم اعتبارها فلم يروا الخروج عنها .

وبعد ، فمن الممكن تصوير مذهبهم بالتعبير التالى : إذا مضت المدة ويومان بعدها انتهى الخيار ، أما العقد فيلزم إذا كان المبيع عند انقضاء المدة بيد من له الخيار ، وإلّا فسخ .

والظاهر أن هؤلاء المصنفين لما عرفوا من مذهب المالكية أن مضي المدة لا يعقبه لزوم العقد دائما (كما هو فى المذاهب الأخرى) بل قد تكون النتيجة فسخ العقد فيما إذا مضت المدة والمبيع بيد البائع سواء كان الخيار له أو للمشترى توهموا أن مضي المدة لا يلزم به العقد عند المالكية ، وقد رأينا تحقيق اتجاههم فى هذه المسألة . وهو التفريق بين لزوم العقد وانتهاء الخيار عند المالكية فالخيار ينتهي بمضي المدة حتما ، أما اللزوم فهو خاص بما إذا انقضت المدة والمبيع بيد المشترى .

هذا ، وإن الزيدية قيّدوا كون مضى المدة منهيا للعقد بأن يكون صاحب الخيار عند انقضائها عاقلا واعيا ، أما إذا انقضت وهو نائم أو مجنون أو مغمى عليه ففي تلك الأحوال لا يبطل خياره بل يبقى إلى أن يعقل أو يصحو ، فإذا عقل فله أن يفسخ فورا ، فإن لم يفسخ بطل خياره . وسووا بين هذه الحالات وبين ما إذا كان فى صلاة فريضة فإنه لا يبطل خياره بانقضاء المدة وهو منشغل فيها ، بل له أن يفسخ بعد الفراغ على الفور[1] .

---

(١) المنتزع المختار شرح الأزهار ١٠١/٣ والتاج المذهب ٤٠٨/٢ وسيأتى فى مبحث انتقال الخيار بيان موقفهم من حالة الجنون والاغماء .

المطلب الثـانى

انتهاء الخيار تبعـا
(فسخ العقـد)

ينقسم الفسخ إلى صريح ودلالة ، أو بنظرة أخرى إلى:فسخ قولى ، وفسخ فعلى ، فالفسخ القولى أو الصريح يقع بمثل قوله : فسخت البيع ، أو استرجعت المبيع ، أو رددته أو رددت الثمن ونحو ذلك ، فكل هذا فسخ صريح ومنه قول البائع فى زمن الخيار : لا أبيع حتى تزيد فى الثمن،مع قول المشترى:لا أفعل ، وكذلك منه عكس هذه الصورة بأن يقول المشترى:لا أشترى حتى ينقص عنى من الثمن، مع قول البائع:لا أفعل . وكذا منه طلب البائع حلول الثمن المؤجل ، وطلب المشترى تأجيل الثمن الحال فكل هذا فسخ[1] .

ثم إن خيار الشرط (والعيب أيضا) يسقط بصريح الاسقاط أى الفسخ الصريح الذى ينصب على الخيار ذاته لا على العقد أو المبيع ، بأن يقول : اسقطت الخيار أو أبطلته أو ألغيته ونحو ذلك . لأنه حق للعبد يملك إسقاطه مقصودا ، وليس كخيار الرؤية الذى يثبت حكميا بالشرع مطلقا عن الشرط لأنه حق لله فلا يملك الانسان إسقاطه مقصودا (وسيأتى مفصلا فى خيار الرؤية)[2] .

الفسخ دلالـة :

صرح الفقهاء بأن الخيار كما يسقط بصريح الاسقاط يسقط بالاسقاط من طريق الدلالة ، بعبارة الكاسانى ، وصورة الفسخ دلالة – ويسمى

---

(١) البحر الرائق ٢٠/٦ المجموع ٢٠٢/٩ فتح القدير ١٢٢/٥ الخرشى ١٢٠/٥ كشاف القناع ٥١/٢ شرح الروض ٥٣/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٦٧/٥ .

الفسخ الفعلى (أو الفسخ بالفعل كما سماه ابن الهمام) : أن يتصرف صاحب الخيار تصرف الملاك فى المبيع . هذا إذا كان صاحب الخيار هو البائع ، فإن كان هو المشترى فبأن يتصرف تصرف الملاك فى الثمن شريطة أن يكون الثمن عينا . أما إن كان دَينا فلا يتصور الفسخ دلالة فى حق البائع ،ولذلك أغفله ابن الهمام مقتصرا على تصويره فى حق المشترى ، لأنه لو تصرف البائع فى الثمن – وهو دَين – يحمل على أنه تصرف فى ماله الخاص لا فى الثمن « لأن الأثمان لا تتعين بالتعيين[1] ».

والسبب فى الاعتداد بالتصرف كالملاك فى إسقاط الخيار أن الخيار إذا كان للبائع فتصرفه فى المبيع تصرفَ الملاك دليل استبقاء ملكه فيه . وإذا كان الخيار للمشترى فتصرفه تصرف الملاك فى الثمن إذا كان عينا دليل أيضا على استبقاء ملكه فيه . واستبقاء ملك كلّ منهما لا يكون الاّ بالفسخ ، فالاقدام على التصرف المذكور يكون فسخا للعقد دلالة ، قال ابن الهمام ، ومن قبله الكاسانى :

« والحاصل ان ما وجد من البائع فى المبيع لو وجد منه فى »
« الثمن لكان إجازة للبيع : يكون فسخا للبيع دلالـة »

والفسخ دلالة متفق على عدم اشتراط علم الآخر به أما فى الفسخ الصريح أو ما يجرى مجراه ففيه خلاف بين الحنفية[2] .

ثم إن للفسخ دلالة بعد هذا الضابط تفاريع بمناسبة بعض التصرفات التى يكثر وقوعها أو اشتد اهتمام الفقهاء بها لنواح زمنية ، واستتبع ذلك تفصيلا وتوسعا فى كيفيات وقوعها واختلاف آثارها :

---

(١) بدائع الصنائع ٢٦٧/٥ فتح القدير ١٢١/٥ والفتاوى الهندية ٤٣/٣ المجموع للنووى ٢٠١/٥ الحطاب ٢١٩/٤ شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسى ٢٤١/٢ جامع الفصولين ٢٤٤/١ .

(٢) البدائع ٢٧٢/٥ وفتح القدير ١٢١/٥ والفتاوى الهندية ٤٣/٣ .

– الاعتاق فى الرقيق ، وما هو بمثابته ، وهما التدبير والمكاتبة ، ومثل الاعتاق تعليق العتق فى المدة مع وجود شرط العتق فيها ، وفى هذا الباب تفصيلات لم يعد لها تطبيق فيكفي الاحالة إلى موقعها فى المطولات .

– مباشرة فعل فى المبيع لا يحتاج إليه للامتحان ، ولا يحل فى غير الملك بحال . أما لو كان يحتاج إليه للاختبار ويحل فى غير الملك فهو على خياره ، وذلك كالاستخدام أما معاشرة الأمة بأية صورة بدءا من اللمس بشهوة وانتهاء بالوطء فهو إجازة للعقد . وتفصيلات ذلك فى المطولات [1] .

– الاستخدام ليس بإجازة ، لأنه يمتحن به،والاستخدام مرة ثانية إجازة ، الاّ إذا كان فى نوع آخر.ثم ذكر ابن الهمام أن صاحب الفتاوى الصغرى اختلف كلامه فيها ، فقال فى موضع : الاستخدام مرارا لا يكون اجازة ، وقال فى موضع آخر : المرة الثانية تبطل،وقال فى موضع آخر : المرة الثانية تبطل الخيار . وفى فتاوى قاضيخان :اذا استخدم الخادم مرة لا يبطل خياره .

– أكل المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار . وفى فتاوى قاضيخان : إذا لبسه مرة لا يبطل خياره .

– النسخ من الكتاب ، لنفسه أو غيره ، لا يسقط الخيار ، ولو درس فيه يسقط .

– ركوب الدابة ليسقيها ، أو يردها ، ويعلفها اجازة . وقيل إن كان لا يمكنه ذلك بدون الركوب لا يكون اجازة . وأطلق قاضيخان فى فتاويه أنه لا يبطل خياره فقال : وركوبها ليسقيها أو يردها على البائع لا يبطل خياره استحسانا ، فجعله من الاستحسان .

– بيع محل الخيار من غيره ، أو هبته أو رهنه – مع التسليم – مسقط للخيار.اما لو وهبه أو رهنه ولم يسلم لا ينفسخ .

---

(١) فتح القدير ١٢١/٥ – ١٢٢ والفتاوى الهندية ٤٣/٣ – ٤٤ .

– الايجار فسخ ولو لم يسلم ، وقيل : ليس فسخا ما لم يسلم .

– تسليم محل الخيار إلى المشترى فى مدة الخيار،فرق أبو بكر بن الفضل بين التسليم على وجه الاختيار فلا يبطل خياره ولا يملكه المشترى ، والتسليم على وجه التمليك فيبطل خياره .

قال الزيلعى : وكذا كل تصرف لا يحل الاّ فى الملك ، وكذا كل تصرف لا ينفذ الاّ فى الملك كالبيع والاجارة[1] .

شرائط الفسخ :

يشترط لاعتبار الفسخ مؤثرا الشرائط التالية :

١ – قيام الخيار ، لأن الخيار إذا زال ، بالسقوط مثلا ، يلزم العقد ، فلا أثر للفسخ حينئذ .

٢ – علم العاقد الآخر بالفسخ ، ويعبر عنه فى بعض المراجع الفقهية بعبارة الفسخ بحضرة العاقد ، وعكسه الفسخ فى غيبته ، والمراد من الحضرة العلم لا الحضور وذلك عند أبى حنيفة ومحمد ، فإن جرى الفسخ من صاحب الخيار دون علم العاقد الآخر فالفسخ موقوف : ان علم به فى مدة الخيار نفذ ، وإن لم يبلغه حتى مضت المدة لزم العقد لعدم اعتبار ذلك الفسخ وفى هذه الفترة – حيث يعتبر موقوفا – لو عاد العاقد عن فسخه فأمضى العقد قبل علم الآخر فذلك منه معتبر فيلزم العقد ويبطل فسخه السابق .

أما أبو يوسف فقد نقل عنه أقوال ثلاثة : قوله الأول المرجوع عنه الذى هو مثل مذهب أبى حنيفة ومحمد ، وقول آخر له بعدم اشتراط علم العاقد الآخر ، وقول ثالث بالنظر إلى صاحب الخيار ، فإن كان هو البائع فلا يشترط بل يقتصر اشتراط العلم فى خيار المشترى لكن القول المشهور عنه عدم اشتراط علم العاقد الآخر بالفسخ ورجح ابن الهمام قول أبى يوسف هذا ،

---

(١) فتح القدير ١٢١/٥ والفتاوى الهندية ٤٣/٣ والبدائع ٢٦٧/٥ تبيين الحقائق للزيلعى ١٩/٤ .

ونقل ذلك ابن نجيم دون تعقيب[1] . وقد بيّن ابن الهمام أن الفسخ بالقول هو الذى وقع الخلاف فى جوازه بغير علم الآخر.وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا بين أئمة الحنفية . أما الكاسانى فبعد أن عبر عن هذا بعبارة الفسخ بطريق الدلالة بمقابل الفسخ الصريح أو ما يجرى مجراه قرّر أن ذلك التصرف دليل على استبقاء الملك،ولا يكون استبقاء ملك البائع فى المبيع ، والمشترى فى الثمن ، الاّ بالفسخ،فأقيم التصرف مقامه فكان فسخا دلالة . ثم بيّن أن الفسخ من طريق الدلالة لا يتوقف على علم العاقد الآخر بلا خلاف ، لأن انفساخ العقد هنا لا يثبت بالفسخ مقصودا ، وانما يثبت ضمنا لغيره فلا يشترط له ما يشترط للفسخ مقصودا.وذكر الكاسانى لهذا نظيرا هو بيع الشِرب والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للأرض[2]وذكر صاحب البحر نظائر أخرى قائمة على أنه لا يشترط العلم فى الفسخ الحكمى،منها عزل الوكيل والمضارب والشريك ، ومنها حجر المأذون له بالتجارة بارتداد ولحوق وجنون[3] .

هذا ، وان ابن الهمام لم يدع هذا الاستثناء يمر دون ابداء رأيه فيه ، وسنرى أنه رأي سديد فى غاية الوجاهة ، فإنه بعد أن ذكر الاتفاق على جواز الفسخ بالفعل بغير علم العاقد الآخر قال : « وكان مقتضى النظر أن من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به – أى بالمنع – فيما هو فعل اختيارى » وقد فسّره فيما بعد بأنه تصرف البائع – والخيار له – فى المبيع تصرف الملاك كالعتق والبيع والوطء مثله جميع ما هو اجازة حين صدوره من المشترى اذ يعتبر فسخا إذا صدر من البائع.وفى هذا النظر قال ابن نجيم : وبحث فى فتح القدير بأنه ينبغى أن يكون الفعل الاختيارى كالقول ولم يعقب

(١) البدائع ٢٧٣/٥ الفتاوى الهندية ٤٣/٣ فتح القدير ١٢٢/٥ البحر الرائق ١٨/٦ .
(٢) البدائع ٢٧٢/٥ والفتاوى الهندية ٤٣/٣ والبحر الرائق ١٨/٦ – ١٩ .
(٣) البحر الرائق ١٨/٦ .

على ذلك بشيء. ثم علّل اقتضاء المساواة بأن الفعل الاختيارى كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانفساخ «بخلاف الموت، وفعل الأمة، ودخول العيب بغير صنعه والهلاك»[1]. فهو يرى أن الفعل الاختيارى لا يزيد فى الأثر عن القول، أما الفعل الاضطرارى فهو وحده المستحق للاستثناء، ولعل العلة أنه وقع دون إرادة الفسخ، وأدى إلى الفسخ، فليس من العدل أن يتحمل مغبة عدم علم الآخر به.

وعدم اشتراط علم العاقد الآخر بالفسخ هو مذهب الجمهور: المالكية والشافعية والحنابلة والامامية والروايات السابقة لبعض أئمة الحنفية، وهو مذهب الثورى وأبى ثور على ما ذكر الطبرى[2].

وهو عند الشافعية مقيس على الاطلاق للاجماع على نفوذه بغير حضور الزوجه المطلقة، ولأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا شخص فلم يفتقر إلى حضوره أو علمه. قال الحلّى: وكذا لا يفتقر إلى قضاء القاضى.

٣ – ان لا ينشأ عن الفسخ تفريق الصفقة، أى أن يقع الفسخ على جميع الصفقة، فليس له أن يمضى العقد فى بعض الصفقة ويفسخ فى بعضها الآخر، لأن ذلك يؤدى إلى تفرق الصنفقة.

ومثل ذلك يقال فى الاجازة فى البعض، فينشأ عنه تفريق الصفقة فى اللزوم وهو لا يجوز إلاّ برضاهما، ومن المقرر عند الامامية التفرقة عند الخيار بأن يقول «على الجمع والتفريق». فيكون له الفسخ فى أحدهما خاصة، وان لم يشترط ذلك لم يكن له التفريق فى الفسخ لأنه عيب. وكذلك فى شراء اثنين من أحد بستانا صفقة واحدة.

---

(١) فتح القدير ١٢٢/٥ والبحر الرائق ١٨/٦ وقال: ورجح فى فتح القدير قول أبى يوسف قال فعلى هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لأنها على وفق ما ترجح من قول أبى يوسف لكنا نوردها بناء على تسليم الدليل.

(٢) المجموع ٢٠٠/٩ وتذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ والمغنى ٥٢٩/٣ وكشاف القناع ٥١/٣ والخرشى ١٢٠/٥ اختلاف الفقهاء للطبرى (جزء البيوع) ص ٤٥

والمالكية يجبرون العاقد على رد الجميع ان أجاز العقد فى البعض ورد البعض حيث لم يرض العاقد الشركة . وقال الشافعية : لو أراد الفسخ فى أحد الشيئين اللذين فيهما الخيار فالأصح لا يجوز لتفريق الصفقة ، أما لو اشترى اثنان شيئا من واحد صفقة واحدة بشرط الخيار فلأحدهما الفسخ فى نصيبه [1] .

الأدلــة : ولكل من القائلين باشتراط علم العاقد الآخر أو عدم اشتراطه أدلة تدور بين وجوه من المعقول والاستشهاد بالنظائر الفقهية .

فالقائلون بصحة الفسخ دون علم العاقد الآخر احتجوا بأن الفاسخ منهما مسلط على الفسخ من جهة صاحبه الذى لا خيار له فلا يتوقف فسخه على علمه ، فهو كبيع الوكيل مع عدم علم الموكل وهو جائز ، فلا يشترط الرضا هنا ولا هناك ، ولهذا نظائر ، منها : أن الفسخ كالاجازة فى هذا ، لأنّهما شقيقان كلاهما لاستعمال الخيار ، فهو – كما قال البابرتى – قياس لأحد شطري العقد على الآخر.

واستدل القائلون بالمنع من الفسخ دون علم الآخر بأنه تصرف فى حق الغير – وهو الذى لا خيار له – برفع العقد وهو لا يعرى عن الضرر لأن العاقد الخالى من الخيار قد يعتمد على تمام البيع السابق إذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ فيتصرف فيه المشترى (والواقع أن البائع الذى له الخيار قد فسخ العقد) فتلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن وهو ضرر بلا ريب . أو يتصرف فيه البائع – والخيار للمشترى الفاسخ دون علمه .

واستدل هؤلاء المشترطون علم الآخر بالفسخ بالقياس على عزل الموكل من وكله،بجامع أن كلا من الفسخ والعزل رفع لعقد جعل إلى اختيار الشخص وكما يشترط لعزل الوكيل علمه ولا يثبت حكم العزل فى حقه ما لم يعلم به دفعا للضرر عنه فكذلك الفسخ .

---

(١) البدائع ٢٦٤/٥ و ٢٧٣ وفيه تعليل جيد للمنع . وتصريح بجواز هذا التفريق فى المثليات . الدسوقى على الشرح الكبير ١٠٢/٣ وتذكرة الفقهاء ٥٢٢/١ والمجموع ١٩٣/٩ .

والراجح ما ذهب إليه جمهرة الفقهاء لوجاهة دليلهم على اختصاره فالفاسخ حقا مسلط من جهة صاحبه على الفسخ ويفترض تجشمه ذلك فى كل حين . أما الضرر المدعَى فهو بالنسبة للبائع نتيجة تقصيره ، وأما بالنسبة للمشترى فغير مسلم لأن القيمة التى يلزم بها ليست أكثر من الثمن غالبا وأما القياس على عزل الوكيل فبينهما فارق هو لزوم الضرر فيه دون حالة الفسخ فى الخيار[(١)] .

الفــرع العاشر

انتقال خيــار الشرط

المبحث الأول

انتقال الخيار بالموت

تمهيــد :

إذا مات صاحب الخيار فما مصير الخيار ؟ هل يسقط خيار الميت . كما ذهب الحنفية والإباضية والزيدية[(٢)] ، واعتبروا ذلك من المسقطات على ما سبقت الاشارة إليه ، أم أنه ينتقل ويكون فى عداد التركة الموروثة كما ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية والامامية ، أم يفصّل بين مطالبة الميت به قبل موته وعدمها ، كما ذهب إلى ذلك الحنابلة ؟ على أنه لابد قبل بيان الآراء من ذكر مرجع الخلاف ومنشئه .

---

(١) الشرح الكبير على المقنع ٦٩/٤ المجموع ٢٠٠/٩ الخرشى ١٢٠/٥ فتح القدير ١٢٢/٥ .

(٢) البدائع ٢٦٧/٥ والمغنى ٥٣٠/٣ وشرح الأزهار لابن مفتاح ١٢/٣ والبحر الزخار ٣٥١/٣ والايضاح للشماخى ٢٩٦/٣ .

المطلب الأول

مرجع الخـلاف

وهو تحديد المراد بالتركة ، فبعض الفقهاء ذهب إلى أنها هى الاعيان المالية ، وما هو بمعنى المال كحق التعلّى والقرار والشرب ، أو ما كان تابعا للمال كحقوق الارتفاق فلا يشمل ذلك خيار الشرط لأنه حق وليس بمال ولا بمعنى المال ولا تابعا له .

وبعضهم ذهب إلى : أن التركة هى كل ما كان للمورّث من الأموال والحقوق والاختصاصات (المنافع) ، عدا ما كان للمورث بصفة شخصية ، كحق الانتفاع ، أو كان له بعقد ينتهى بالموت ، كعقد الزواج ، فعلى هذا تشمل التركة الحقوق التى ليست مالا ولا تابعة له كحق خيار الشرط [1] .

ويذكر ابن رشدأن عمدة المالكية و الشافعية أن الأصل أن تورث الحقوق والأموال الاّ ما قام دليل على مفارقة الحق فى هذا المعنى للمال . وان عمدة الحنفية (والحنابلة) ان الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق الاّ ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال ، فمرجع الخلاف هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا ؟ ثم أشار إلى أن كلا من الفريقين اعتمد فوارق فيما يعتبره غيره متفقا كفارق اعتبار الخيار راجعا إلى صفة العاقد ، لا إلى صفقة فى العقد [2] .

والمثال على ذلك خيار العيب لدى الحنفية هو معتبر من التركة لكن على معنى أن التوريث ليس للخيار ، بل لمحل الخيار وقد ظل السبب الحامل على الخيار قائماًبالعين بعد موت المورث كما كان قائما بها قبله ، فالعين تنتقل إلى الوارث بهذه الصفة .

---

(١) التركة والحقوق المتعلقة بها ، للشيخ أحمد ابراهيم بك ص ٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٢١١ - ٢١٢ .

هذا وان الحقوق منقسمة إلى أقسام ثلاثة :

١ - حقوق متعلقة بالأعيان لاصقة بها ، كخيار العيب .

٢ - حقوق مجردة ، فى معنى الأموال ، كحق الشرب .

٣ - حقوق مجردة متعلقة بإرادة صاحب الحق ، كحق الشفعة وخيار الشرط .

فتلك الحقوق جملة تنتقل إلى من يخلف صاحب الحق عند المالكية والشافعية[١] ، والتبويب ملحوظ فيه هذا الاتجاه كما لحظ فى المسقطات مذهب من لا ينقل الخيار للخلَف .

المطلب الثانى

مذاهب الفقهاء فى انتقال الخيـار

الرأى المثبت ودليله :

اتفق مالك والشافعى والامامية على أن خيار الشرط ينتقل إلى الوارث بموت المورث ، الاّ أن الرافعى حكى قولا شاذا أنه يسقط بالموت . قال النووى : وهو ضعيف جدا ومردود ، وذكر ابو الخطاب من الحنابلة وجها بإرث خيار الشرط مطلقا (وأثر هذا الانتقال على المدة والاختيار سيأتى) . وقال الأنصارى من الامامية : الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف بين الأصحاب .

وقد علّل القائلون بانتقال الخيار للوارث باعتبار الخيار من مشتملات التركة ، أنه حق ثابت لاصلاح المال ، كالرهن وحبس المبيع على تحصيل الثمن . واستدلوا بأدلة من السنة والمعقول . فمن السنة قوله صلى الله عليه

---

(١) التركة والحقوق المتعلقة بها ، للشيخ أحمد ابراهيم بك ص ٧ .

وسلم : من ترك مالا أو حقا فلورثته ، ومن ترك كَلا أو عيالا فإليّ"[1] . وخيار الشرط حق للموروث فينتقل إلى الوارث بموته كما يقضى الحديث.

ثم قاسوا خيار الشرط على خيارى العيب والتعيين المتفق على انتقالها للوارث بالموت ، بجامع أن كلا من تلك الخيارات يتعلق بالعين فينتقل إلى الوارث بمجرد انتقالها . .[2] .

الرأى النافى ودليله : ذهب الحنفية والزيدية والاباضية إلى أن خيار الشرط لا يورث ، ومن عباراتهم فى تقرير ذلك قول الزيلعى : الخيار صفة للميت ، لأنه ليس هو الاّ مشيئة وإرادة فلا ينتقل عنه كسائر أوصافه . واستدلوا لمذهبهم بأن حق الفسخ بخيار الشرط لا يصح الاعتياض عنه فلم يورث،نظيرَ حق الرجوع فى الهبة قبل القبض إذا مات الواهب لم يورث عنه . وقالو أيضا : خيار الشرط ليس وصفا بالمبيع حتى يورث بإرثه وإنما هو مشيئة واردة فهو وصفٌ قائم بشخص من ثبت له فلا يورث عنه،لأن الارث يجرى فيما يمكن نقله ، والوصف الشخصى لا يقبل النقل بحال . وقد أطال ابن الهمام فى تعزيز هذا الرأى وتقليب وجوه الجواب على رأى أبى حنيفة وأصحابه من حيث انتقال الملك وعدمه وصلة ذلك بإمكان التوريث وتعذره[3] . وقال الشماخى : بعد أن ذكر قولا للإباضية بالإرث وآخر بعدمه ورجحه من حيث النظر : لأن الميراث لا خيار فيه وذلك الشىء انما صار لهم من قبل الميراث لا من قبل البيع . أما ابن حزم – وهو لا يرى خيار الشرط أصلا – فقد قال : ومن جعله يورث فقد تعدى ما حدّ رسول الله وليس الخيار مالاً يورث ولو ورث لكان لأهل الوصية منه نصيبهم ! [4] .

---

(١) سيأتى الكلام عن تخريج الحديث عند (المناقشة والترجيح)

(٢) المجموع ٢٢٢/٩ الدسوقى ١٠٢/٣ تذكرة الفقهاء ٥١٧/١ المكاسب ٢٩٠ القواعد لابن رجب ٣١٦ الخرشى ٢٩/٤ .

(٣) فتح القدير ١٢٥/٥ العناية ١٢٥/٥ البحر الزخار ٣٤٩/٣ .

(٤) الايضاح للشمّاخى ٢٩٦/٣ شرح النيل ٢٢٧/٩ المحلى ٤٥٠/٨م ١٤٦٨

الرأى المفصّل ودليله : ذهب الحنابلة وحدهم إلى التفصيل بين مطالبة الميت بالخيار قبل موته أو عدم المطالبة ، فإن مات صاحب الخيار دون أن يطالب بحقه فى الخيار بطل الخيار ولم يورث ، أما إن طالب بذلك قبل موته فإنه يورث عنه . فالأصل أن خيار الشرط غير موروث، أما إن طالب بذلك قبل موته فإنه يورث عنه . فالأصل أن خيار الشرط غير موروث الّا بالمطالبة من المشترط [١] . على أنه يمكن تصوير الموقف بالعكس وذلك بأن يقال : هو موروث لكن بشرط ، فإن تحقق الشرط وإلاّ لم يورث . لكن معظم نصوص المذهب تعبر عن المسألة بعدم التوريث مع استثناء حالة المطالبة ، كما أن الأدلة تنصب على عدم التوريث .

وقد صوره بعض متأخرى الحنابلة بأنه نقل ، وتوريث من المورث لورثته بإرادته ، حيث جاء فى "الفواكه العديدة" قول الفقيه عبد الله بن ذهلان – شيخ المؤلف – : « إذا مات وورّث خياره ورثته ، لشرطه لهم [٢] » وقد جاءت تلك العبارة إيضاحا وتقييدا لعبارة أحد الكتب التى جاءت موهمة أن خيار الشرط يورث مطلقا ، وليس الأمر كذلك بل يشترط لذلك مطالبة المورث بحق الخيار .

وقد أغفلت كتب عديدة الشطر الآخر من المسألة وهو توريث الخيار بمطالبة الموروث ، واقتصرت على إطلاق عدم إرث الخيار ، كما جاء فى المقنع : « ومن مات منهما بطل خياره ولم يورث » فبادر محشيه إلى القول : هذا المذهب ، الاّ أن يطالب به الميت ، نُص عليه. أما ابن قدامة فقال : المذهب ان خيار الشرط بالنسبة للميت منهما يبطل بموته ، ويبقى خيار الآخر بحاله ، الاّ أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه فيكون لورثته [٣] .

---

(١) المغنى ٥١٨/٣ الفروع لابن مفلح مع تصحيح الفروع للمرداوى ٩١/٤ ، ومنتهى الارادات ٣٥٩/١ وكشاف القناع ٢١٠/٤ و٢٢٥ ومطالب أولى النهى ٩٩/٣ .

(٢) الفواكه العديدة ، للمنقور ٢٣٧/٠ .

(٣) المقنع ، لابن قدامة ، وحاشيته ٤١/٢ والمغنى ٤٩٤/٣ م ٢٧٦٩ و٥٠٣/٣ م ٢٧٨٩ .

وذكر ابن رجب أن أبا الخطاب خرج وجها آخر بإرث خيار الشرط مطلقا [1] .

وقد يقال : لم يطالب الميت بحق استعمال الخيار بدلا من مبادرته لاستعماله ؟ والظاهر أنه يريد استنفاد المدة لكمال التروى فيما إذا مد فى أجله ، وربما يؤثر الميت إحالة الاختيار لوارثه لأن الخيار – وما اقترن به من أمور كحق الشفعة [2] – بالرغم من صلتها بالارادة الشخصية لها آثار مالية متغيرة . .

وقد استثنى الحنابلة من توريث الخيار بالمطالبة حالة خاصة جزموا فيها بعدم انتقاله للوارث هى ما لو شرط الخيار للارفاق بالاقراض وخاف أن يذهب ماله فاشترى منه شيئا وجعل له الخيار ولم يرد الحيلة.قال الامام أحمد: هذا جائز الاّ أنه إذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته [3] .

وقد تواردت عبارات الحنابلة على الاستدلال لعدم التوريث واقتصروا على اسناد مسألة التوريث ، بمطالبة المورث،إلى نص الامام أحمد من غير أى استدلال شرعى أو عقلى يقيد أدلة المنع التى أجادوا بيانها وأطالوا فيها . فمن توجيههم لمنع التوريث ، وعدم الانتقال بالموت ، انه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه ونظيره خيار الرجوع فى الهبة وقال ابن مفلح : « لأن معنى الخيار تخيره بين فسخ وامضاء ، وهو صفة ذاتية ، كالاختيار ، فلم يورث ، كعلمه وقدرته . قال فى عيون المسائل : ولهذا لا تصح المصالحة على الخيار بمال ، ولو أخذ قسطا من المال (أى وجها من المالية) لصح الصلح عليه بالمال » هذا دليل الأصل ، اما الاستثناء وهو توريث الخيار بالمطالبة من صاحبه فلم أجد له مستندا سوى نص الامام أحمد مجردا من بيان المأخذ الشرعى ونص الامام أحمد هو : الموت – يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ،

---

(١) القواعد لابن رجب ٣١٦ .

(٢) ومن تلك الحقوق التى تثبت للوارث إن طالب بها مورثه بحياته : خيار العود فى الهبة ، ذكره القاضى فى خلافه (القواعد لابن رجب ٣١٦) .

(٣) المغنى ٥٣٠/٣ .

والحد إذا مات المقذوف ، والخيار إذا مات الذى اشترط الخيار ، لم تكن للورثة هذه الثلاثة الأشياء ، انما هى بالطلب ، فإذا لم يطلب فليس يجب الاّ أن يشهد انى على حقى من كذا أو كذا ، أو أنى قد طلبته فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به ، ولا يشترط ذلك فى إرث خيار غير خيار الشرط[1] .

المناقشة :

رأينا كيف عريت وجهة الحنابلة عن الدليل الخاص بها فلم يبق الاّ اعتماد الأدلة العامة والمعقول فى أن خيار الشرط وإن كان حقا شخصيا فإن المطالبة به من المورث تُسوّغ نقله ، وهذا الدليل من ضعفه لا يحتمل النقاش « أما أدلة المثبتين فالحديث الذى احتجوا به له رواية معروفة خلت من كلمة (أو حقا) ، ومع اخراج النسائى وابن حبان والحاكم له وتصحيحهما إياه وتحسين أبى زرعة له قد أعله البيهقى بالاضطراب ونقل عن يحيى بن معين أنه كان يقول : ليس فيه حديث قوى[2] ». أما الرواية المشتملة على كلمة (حقا) فلم ترد من طريق يحتج به[3] . . وقياسهم خيار الشرط على خيارى العيب والتعيين قياس مع الفارق لأن فيهما عينا موروثة يلازمها الخيار لأن الجزء الذى فوته العيب موروث حكما وقد ثبت الخيار لدفع الضرر بفواته . وفى خيار التعيين انتقل للوارث أحد الأشياء المخير فيها والخيار ثبت للوارث أيضا لتمييز ملكه المختلط بملك غيره .

وفى أدلة النفي ما فيها ، فإن القياس على الهبة قبل القبض غير سالم من حيث إنه متنازع فيه فلا يصلح الاستدلال به مادام مختلفا فيه وكذلك تشبثهم بكون خيار الشرط وصفا شخصيا غير مسلم الاّ فيما لا تعلق له بالمال وهذا شديد التعلق بالمال فهو كالوصف فى المال .

---

(١) كشاف القناع ٢١٠/٤ – ٢١١ مطالب أولى النهى ٩٩/٣ والقواعد لابن رجب ٣١٦ والفروع ، لابن مفلح ، ٩١/٤٠ وقد أورد البهوتى النص كاملا ، وكذلك الرحيبانى .

(٢) نيل الأوطار ٦٧/٦ .

(٣) لم أجد لها تخريجا فى مجمع الزوائد أو المطالب العالية أو نصب الراية أو التلخيص وفى عدد من كتب التخريج التى تيسرت لى حين الكتابة .

الترجيـح : والرأى الراجح من بين تلك الآراء الثلاثة (التى هى توريث الخيار مطلقا ، توريثه بشرط المطالبة ، منع توريثه) هو أن خيار الشرط يورث سواء طالب المورث بنقل حقه فيه لورثته أم لا ، وتوجيهه هذا الترجيح بالاضافة إلى أدلة القائلين بالتوريث – والاستفادة منها بما يلى :

بالعودة إلى أساس الخلاف ، كما صوره ابن رشد[1] ، وهو تحديد ما يورث ، يلوح رجحان توسيع مفهوم التركة بحيث لا تدع ما فيه شَبَه غالب بالمال من معاملته مثله ، ذلك أن الأصل انتقال جميع ما يتركه الميت إلى ورثته مطلقا ، ولا يترك هذا الأصل الاّ بدليل لا نزاع فيه ، كالأدلة القاضية بمنع انتقال الزوجة إلى الوارث كما كان معهودا فى الجاهلية فحرمه الإسلام ، فأصالة الانتقال تجعل على المانع عبء الاستدلال لكل ما يخرجه من مفهوم التركة ويمنع توريثه . .

وبالتأمل فى خيار الشرط ، وعلى الرغم من اعتبارهم إياه إرادة ومشيئة يرى أنه خيار مالى كخيار العيب والرؤية ، لأن الغرض منه الوصول إلى الحظّ المالى بخلاف الخيارات غير المالية كخيار البلوغ للتى زوجها غير الأب قاصرة فهو من الحقوق غير المالية . وإذا سلم أنه وصف شخصى فإن هذا الوصف وثيق التعلق بالمال ، وتعلقه بالمال بمثابة وصف له،ومن الطبيعى أن يورث المال بأوصافه ، وإذا كانت إرادة العاقد قد فاتت بموته فإن الوارث يقوم مقامه ويخلفه فيها . .

فضلا عن أن كثيرا من الحقوق اجمع الفقهاء على إرثها لما لها بالمال من تعلق ، كحق حبس المبيع للبائع الذى لم يقبض الثمن ، وحق حبس المرتهن للعين المرهونة[2] .

---

(١) بداية المجتهد ٢١١/٢ .

(٢) : فتح القدير ١٢٥/٥ المغنى ٥٩٧/٣ م ٢٧٦٩ الشرح الكبير على المقنع ٨٤/٤ .

وإذا كان الحنفية قد قالوا فى خيار العيب وخيار التعيين أن الانتقال ليس للخيار بل للمحل – فما أسهل القول فى خيار الشرط أيضا أن المنتقل ليس هو المشيئة والاختيار بل محل الخيار وقد انتقل ذلك المحل مع صفة عدم اللزوم بما له وعليه ، ولا يقال ان صفة عدم اللزوم سقطت بموت العاقد لأن ذلك محتاج لدليل خارجى ، وفى حرمان الوارث من ذلك اضرار به لحسر مدة التروى الثابتة بالخيار . فتوريث الخيار فيه منفعة للوارث والمورث جميعا لأن الضرر والغبن يدفع به .

ثم إن انتقاله مقيس على انتقال الحقوق المالية الأخرى المسلّم بها : ملك المبيع ، وملك الثمن ، وحق الكفالة ، وحق الرهن ، لثبوت تلك الحقوق فى عقد منعقد فهى حق لازم بحيث لا يملك صاحبه إبطاله بالتنازل عنه (بل بالفسخ أو السقوط) وخيار الشرط كذلك[1] .

المطلب الثـالث

صور أخرى من الانتقال بالموت

انتقاله للشارط بعد موت الأجنبى المشروط له :

من صور انتقال الخيار – وإن كان فى حقيقته عودة لمالكه الأصلى – صورة اشتراط الخيار لأجنبى عن العقد ، حيث يذهب الشافعية فى الأصح إلى أن الخيار يثبت للأجنبى فقط دون الشارط . فإذا مات الأجنبى فهل يثبت حينئذ للشارط ؟ وجهان : أصحهما: يثبت كما يثبت للوارث . والوجه الثانى : لا ، لأنه ليس بوارث ، قال النووى : والمذهب الأول وقال النووى : ولا خلاف إنه لا ينتقل إلى وارث الأجنبى .ولدى الإمامية شبيه هذا الخلاف والترجيح[2] .

---

(١) فى المبسوط للسرخسى ١٣/٤٢ – ٤٤ إسهاب فى حجج القائلين بالتوريث والمانعين .

(٢) المكاسب ٢٩٣ تذكرة الفقهاء ١/٥١٩ والخلاف للطوسى ١/٥٢٢ المجموع ٩/٢١٢ و٢٢٦ وقدوقع فيه سقط كلمة (لا) بحيث انعكس الحكم ، لكن السياق دال عليه لعطفه عليه حالة أخرى لا ينتقل فيها . وكذلك من مراجعة المراجع الشافعية الأخرى كشرح التحفة ٤/٣٩٦ .

ومن الطريف أن الزيدية (وهم يقولون بمنع انتقال الخيار للوارث) تجرى هذه القاعدة عندهم بقوة فى خيار الاجنبى ، حيث يبطل بموت شارطه الأصلى ، ويتبعه الأجنبى المجعول له ، إذ هو كالنائب [1] .

انتقاله لغَريم المفلس :

ولانتقال الخيار للوارث شرط عند المالكية ، هو أن لا يكون على صاحب الخيار المتوفى دين محيط بماله فينتقل الخيار حينئذ للغريم بدلا من الوارث . وسواء فى هذا الحكم أن يكون صاحب الخيار المدين بائعا أو مشتريا على أن يقوم الغريم عليه قبل انقضاء زمن الخيار ، سواء قام قبل الموت أو بعده . ولا يحتاج انتقاله إلى حكم بخلع ماله للغريم . فإذا اختار الغريم الامضاء فالربح للمدين والخسارة على الغريم . قال الدردير : ولا كلام للوارث الاّ أن يأخذ شيئا بماله الخاص به بعد رد الغريم ، والربح حينئذ للميت . ولم يأخذ الامامية بهذا قائلين : ارث الخيار ليس تابعا لارث المال فعلا ، فلو فرض استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار إلى الوارث [2] .

انتقاله للأصيل بموت الوكيل :

صرّح الشافعية بأن شرط الخيار من الوكيل لنفسه لا يستتبع ثبوته للموكل ، فإذا مات الوكيل لا ينتقل إلى وارثه بلا خلاف ، أما انتقاله إلى الأصيل (الموكل) ففيه الخلاف قال النووى : والصحيح على الجملة أنه ينتقل إلى الموكل . وكذلك الحكم عند الامامية حيث ينتقل إلى الموكل دون وارث الوكيل .

---

(١) البحر الزخار ٣٤٩/٣ .

(٢) الخرشى ٢٨/٤ والدسوقى والشرح الكبير للدردير ١٠١/٣ والمكاسب ٢٩٠ لكنه قال بعدئذ : ولو كان الوارث ممنوعا لنقصان فيه فلا اشكال فى عدم الارث لأن الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق .

انتقاله للسيد بموت المكاتب :

لا خلاف فى مذهب الشافعية فى انتقال خيار الشرط إلى السيد بموت المكاتب فى مدة الخيار[1] .

مصير خيار العاقد الحى :

هذا بالنسبة لخيار الميت من المتعاقدين ، أما خيار الحيّ منهما (إذا كان الخيار ثابتا لكل منهما) فجمهور الفقهاء على أنه باق فى مواجهة ورثة العاقد الآخر الميت ، فيأخذ منهم المحل إذا اختاره ، ويرده عليهم إذا فسخ . وقد خالف في ذلك بعض الزيدية بحجة أنه حق واحد فلا يتبعض . وجوابه أنه يتعدد بتعدد المستحق له مع اختلاف جهته .

وكذلك لا خلاف إذا مات من لا خيار له بقى الخيار للآخر ، كما أن الدين المؤجل لا يحل بموت من له الدين وانما يحل بموت من عليه[2] .

المطلب الرابع

نتائج القول بالتوريث

تطرأ بانتقال الخيار إلى الوارث أحكام سبق الكلام عن مبادئها الأساسية لكن لم تشتمل على الطبيعة الخاصة للنتائج الطارئة بانتقال الخيار .

آ - من حيث المدة :

إن كانت المدة باقية عند بلوغ خبر موت صاحب الخيار ثبت للوارث الخيار حتى انقضائها .

وإن كانت قد انقضت فللشافعية أربعة أوجه فى ذلك :

---

(١) المجموع ٢٢٢/٩ وتذكرة الفقهاء ٥١٩/١ والمكاسب ٢٩٣ .

(٢) المجموع ٢٢٦/٩ والبحر الزخار ٣٥١/٣ والفروع لابن مفلح ٩٢/٤ .

١ – يكون الخيار على الفور ، وهو ظاهر المنصوص فى « الأم » وهذا هو الأصح .

٢ – يثبت فى المدة التى بقيت عند الموت .

٣ – يبقى الخيار ما دام المجلس الذى بلغه فيه الخبر .

٤ – يسقط الخيار ويلزم البيع بمجرد مضى المدة ، لفوات المدة . قال النووى : وهذا شاذ مردود [١] .

وهناك حالة خاصة تكون المدة باقية عند موت صاحب الخيار لكن الوارث غائب بمحل لا يصل الخبر إليه الاّ بعد انقضاء المدة ، فما الحكم ؟ هل يقال بلزوم العقد بفراغ المدة أو يقال بثبوت الخيار وامتداده إلى بلوغ الخبر له ، بداعى الضرورة ؟ ذكر الشمس الرملى أن الأقرب أن لا تمتد المدة ، بل ان بلغه الخبر قبل فراغها يثبت له ما بقى منها ، وإلاّ لزم العقد ، لأنه لم يعهد زيادة المدة على ثلاثة أيام عند الشافعية [٢] .

ب – من حيث الاختيار :

اتفق المالكية والشافعية على أن الفسخ هو المعتبر إذا اختلف الورثة المتعددون ولكن ذهب المالكية إلى تحليل خاص لهذه القضية ما بين قياس ، واستحسان . فإذا فسخ أحد الورثة دون غيره ولم يرض المالك بالتبعيض ، فالقياس – وهو المعتمد – عند المالكية – اعتبار الفسخ واقعا على جميع المحل ، حذرا من تبعيض المحل والتعيب بالشركة. الأصل المقيس عليه هو المورث فى حالة الحياة والحكم هو عدم التبعيض لقلة الضرر فيقاس عليه الوارث سواء كان الورثة خلفا للمشترى أو البائع فى المعتمد ، ولكن الاستحسان أن يلزم المجيز بأخذ الجميع – لأنه لا تبعيض أيضا ولا ضرر – ، فيمكن من أراد الاجازة ان شاء من أخذ نصيب الرادّ ، ويدفع جميع الثمن

---

(١) المجموع ٢٢٢/٩ – ٢٢٣ ط ٢ .

(٢) نهاية المحتاج ١٤/٤ .

للبائع والاّ وجب رد الجميع للبائع الاّ حين رضاه بالتبعيض فذلك له[1] ، والمعتمد هو **القياس** كما صرح العدوى فى حواشيه على الخرشى .

أما الشافعية فنظروا إلى المسألة نظرا جذريا بأن هناك حالة تعارض بين الفسخ والاجازة ولهم فيها وجهان :

١ - لا ينفسخ فى شىء.

٢ - ينفسخ فى الجميع ، كالمورث لو فسخ فى حياته فى بعض ، وأجاز فى بعض قال المتولى : ولا خلاف أنه لا يبعض الفسخ ، لأن فيه اضرارا بالعاقد الآخر.

وكذلك الحال إذا أجاز الوارث الوحيد فى بعض وفسخ فى بعض يغلب الفسخ فى الكل[2] .

وللامامية تفصيل طويل فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار الموروث بين : استحقاق كل منهم خيارا مستقلا كمورثه بحيث يكون له الفسخ فى الكل أو استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيبه (مع تسويغ تبعض الصفقة) أو استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار فيشركون فيه من دون ارتكاب تعدده . فيجوز لكل منهم « الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر فلا عبرة بما يقع متأخرا . وقد اختار هذا الثالث»[3] .

المبحث الثانى

انتقال الخيار بالجنون وحالات الغيبوبة

لا فرق بين البائع والمشترى فى ذلك ، فالشافعية ذهبوا إلى أنه إذا طرأ الجنون - أو الاغماء - على صاحب الخيار لم ينقطع خياره ، بل يقوم

---

(١) الدردير على خليل بحاشية الدسوقى ١٠٢/٣ ، والخرشى بحاشية العدوى ٢٨/٤ - ٢٩

(٢) المجموع ٢٢٥/٩ - ٢٢٦ .

(٣) المكاسب للانصارى ٢٩١ ٨ ٢٩٢ .

وليه أو الحاكم مقامه فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ والاجازة وكذلك إذا أصابه خرس – ولم تكن له إشارة مفهومة أو كتابة – نصب الحاكم نائبا عنه ، هذا ما ذهب إليه الشافعية[1] .

أما المالكية فقد فرقوا بين الجنون والاغماء :

آ – ففي الجنون إذا علم أنه لا يفيق ، أو يفيق بعد وقت طويل يضر الانتظار إليه بالعاقد الآخر ، ينظر السلطان أو نوابه في الأصلح له من إمضاء أو رد ، ولو لم ينظر السلطان حتى مضى جزء من المدة فزال الجنون يحتسب ما مضى من المدة على الظاهر ، ولو لم ينظر حتى أفاق بعد أمد الخيار لا يستأنف له أجل على الظاهر ، والمبيع لازم لمن هو بيده . ومثل المجنون – في الحكم – المفقود ، على الراجح ، وقيل : هو كالمغمى عليه .

ب – وفي الاغماء ينتظر المغمى عليه لكي يفيق ويختار لنفسه الاّ إذا مضى زمن الخيار وطال اغماؤه بعد مضى المدة بما يحصل به الضرر للآخر فيفسخ . ولا ينظر له السلطان .

فإن لم يفسخ حتى أفاق بعد أيام الخيار استؤنف له الأجل ، وهذا الحكم خلاف ما مرّ في المجنون.[2]

ومما يجدر التنويه به ان الزيدية – بالرغم من ذهابهم إلى أن خيار الشرط لا يورث بالموت ، لأن الوارث لم يعقد ولا شرط له – قالوا بأنه ينتقل بالجنون إلى وليّ من جنّ ، فإن عقل في المدة رجع إليه ، فإن مضت المدة وهو غير عاقل لم يبطل خياره إذا مضت ولا حكم لقوله ، فإن عقل وقد أبطله الولى أو أمضى نفذ ، لصحة تصرفه[3] .

---

(١) المجموع ٢٢٥/٩ .

(٢) الدسوقى ١٠٣/٣ والخرشى ٢٩/٤ .

(٣) البحر الزخار ٣٥١/٣ .

قد يزول الطارئ الذى نقل الخيار بسببه من صاحبه إلى غيره ، كالمجنون الناقل للخيار إلى السلطان ، لو أفاق بعده لا عبرة بما يختاره بل المعتبر بما نظره السلطان . هذا ما ذهب إليه المالكية ، وخالفهم فيه الشافعية ، ففي هذه الحال : لو أفاق العاقد وادعى أن الغبطة خلاف ما فعله القيّم ، وإن لم يكن ما ادعاه المفيق ظاهرا فالقول قول القيّم مع يمينه ، لأنه أمين فيما فعله الاّ أن يقيم المفيق بينة بما ادعاه[1]

خيار الشرط فى القانون

(نبذة للمقارنة)

سبق فى الحديث عن تاريخ تشريع الخيار بوجه عام بيان التوافق التشريعى فى الأخذ بخيار الشرط بين الشريعة الإسلامية وما قبلها من شرائع وما استحدث بعدها من قوانين مدنية ، ورأينا كيف ظهر خيار الشرط فى القانون المدنى تحت اسم (الشرط الفاسخ) فخيار الشرط ما هو إلاّ شرط إرادى فاسخ مشروط لمصلحة أحد العاقدين وقد تناولته المادة /٢٦٥ /القائلة : « يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » . . . ثم المادة/٢٦٩/يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام . . .

وبالرغم من أن الخيار وصف ، كالشرط (الذى هو وصف من أوصاف الالتزام) فلا يرد على العقد الاّ بعد نشوئه ، وينحصر عمله فى الحقوق المالية بعيدا عن الأحوال الشخصية . التى لا تقبل التعليق بطبيعتها ، فانه يخالف هذا الوصف من أوصاف الالتزام فى أمور :

١ – يرتبط الخيار بمدة معينة بدون تعيينها يفسد العقد والشرط معا أو الشرط وحده ولا يرتبط الشرط القانونى بالمدة .

---

(١) الدسوقى ١٠٣/٣ والمجموع ٢٢٥/٩

٢ - شرط الخيار موضوع للفسخ ولا ينشأ معه الالتزام عند انعقاد العقد الاّ فى حق طرف واحد ، وقد لا ينشأ فى حقهما إذا كان الخيار لهما معا . أما الشرط الفاسخ فينشأ فيه الالتزام فى حق الطرفين معا منذ إنشاء العقد .

٣ - يعتبر إجراء أى عمل تحفظى لصيانة المبيع المخير اجازة ضمنية للعقد ، أما فى الشرط القانونى فمن حقه القيام بتلك الأعمال ولا تؤثر فى وضعه شيئا .

٤ - التصرف الناقل فى المبيع المخير يسقط الخيار . أما فى الشرط القانونى فلصاحبه ذلك التصرف وينتقل الملك إلى الغير مثقلا بالشرط [١] .

---

(١) خيار الشرط فى الفقه الحنفي للأستاذ شفيق أيوب ١٧٧ مصادر الحق للسنهورى ٤/٢٢٠ .

الفصل الخامس

خيار الحيوان

الفصل الخامس
خيار الحيوان

تعريفه ، ومثبتوه :

هذا الخيار انفرد به الامامية ، وقد وقع الاتفاق من فقهائهم عليه[1] ، وهو خيار حكمى عندهم يثبت بأصل الشرع سواء اشترطه العاقدان فى العقد أو أطلقا العقد عن اشتراطه .

والمراد به : هو حق مشتري الحيوان فى الردّ خلال مدة معينة هى ثلاثة أيام . وهذا الخيار غير خيار المجلس (الذى أخذ به الامامية) وغير خيار العيب ، ولذا أشاروا إلى إمكان اجتماع تلك الخيارات الثلاثة أو أكثر منها فى عقد واحد مما يدل بوضوح على التغاير . .[2] .

مستنده :

ذكر الامامية أن مستند ثبوته جملة من الأخبار المروية عن أهل البيت وأما من المعقول فقالوا : ان عيب الحيوان قد يثبت خفيا غالبا ، وفى الثلاثة الأيام يمكن اختباره وظهور أثر ما فيه من عيوب ، فيشرع هذا الخيار دفعا للضرر ، ولأن الحيوان يأكل ويغتذى فى حالتى صحته وسقمه ويتحول طبعه ، وقلما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر ، فيثبت له الرد خلال تلك المدة ولو بعيب حادث ، بل له الرد لمجرد رغبته فى الرد ، شريطة أن لا يصدر منه مسقط للخيار .

---

(١) الروضة شرح اللمعة /٣٢٢ المكاسب للانصارى ٢٢٤ تذكرة الفقهاء للحلى ٥١٩/١ شرائع الاسلام ١٦٩ .

(٢) الروضة شرح اللمعة ٢٩٨/١ الخلاف للطوسى ٣٥٠/١ .

من أحكام خيار الحيوان :

مجاله : ذكر الامامية هذا الخيار فى عداد خيارات البيع ، فلا يجرى إلاّ فيه والظاهر عمومه لكل ذى حياة ، ولا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصودة حياته فى الجملة ، فلا يشمل السمك ونحوه مما لا يباع من حيث إنه حيوان بل من حيث إنه لحم[١] .

صاحبه : وهو ثابت للمشترى خاصة على المشهور ، وفى المذهب آراء بإثباته له وللبائع ، قالوا : وهى رواية صحيحة خاصة لوكان البيع حيوانا بحيوان ، ويقوى ثبوته للبائع وحده لوكان الثمن خاصة حيوانا وأشار الأنصارى إلى رواية بأنه لمن انتقل إليه الحيوان ثمنا كان أو مثمونا[٢] .

أمده : مدة خيار الحيوان ثلاثة أيام ، مبدؤها من حين العقد على الأقوى ، وقيل من حين التفرق بناء على حصول الملك به ، وفى ذلك – وفى دخول الليالى الثلاث ليلتين – مباحث مفصلة فى « المكاسب »[٣] .

سقوطه : يسقط هذا الخيار على ما ذكر الامامية بأحد الأسباب التالية :

١ – باشتراط سقوطه فى العقد ذاته .

٢ – بإسقاطه بعد العقد .

٣ – بالتصرف فى الحيوان والمراد به كل ما يعد تصرفا عرفا سواء كان التصرف لازما كالبيع ، أو غير لازم ، كالهبة قبل القبض . بل بمطلق الانتفاع بالحيوان كركوبه أو حلبه[٤] .

---

(١) المكاسب ٢٢٤ سفينة النجاة ١٥٢/٣ .

(٢) الروضة ٣٢٢/١ المكاسب ٢٢٥ تذكرة الفقهاء ٥١٩/١ .

(٣) المكاسب ٢٢٥ – ٢٢٦ .

(٤) الروضة شرح اللمعة ٣٢٢/١ .

ولو قصد به الاستخبار ولم يتجاوز به مقدار الحاجة في منعه من الرد وجهان . « وحاصله : التصرف على وجه يدل عرفا لو خُلي وشأنه على الالتزام بالعقد ليكون اسقاطا فعليا للخيار ، فيخرج منه ما دلت القرينة على وقوعه لا على الالتزام »[١] .

ولا يسقط بالرضا بالعيب ولا بالتبرؤ من عهدة الثلاث فلا بد من اشتراط سقوطه فيه أو اختيار الامضاء بعد[٢] .

تكييف هذا الخيار ومناقشته :

ويظهر من الأحكام التى ربطوها بهذا الخيار أنه بمثابة خيار الشرط ، للتروى ، لكنه حكمى المنشأ ، وهو أقرب إلى خيار الشرط من خيار المجلس وإن كان يشاركه فى كونه حكميا . الاّ أن هذا الخيار مختص بالحيوان دون غيره من المبيعات .

ولا يتسع المجال لمناقشة القائلين به لاسيما من حيث الروايات التى تمسكوا بها لأنها مما تفردت بها كتبُهم ورواةٌ وثقوا على غير الأصول المرعية فى علم الجرح والتعديل بحسب الجادة ، بل باعتبارات خاصة . إنما يظهر فقدان الحاجة إليه لإغناء غيره عنه من الخيارات ، كخيار المجلس لحصول القدر الأساسى من التروي،ثم خيار الشرط المتاح اللجوء إليه للعاقد الذى يتوجس خيفة مما يبادل عليه حيوانا كان أم غيره ، وأخيرا خيار العيب وفيه الكفاية لتحاشي ما جره عليه العاقد الآخر بتدليس أو بغير تدليس مادام العيب قديما ، ولا ينبغى الشطط لتناول العيب الحادث الاّ ما كان حادثا فى الظهور قديما فى الوجود ففي خيار العيب تلافيه أيضا .

---

(١) المكاسب ٢٢٧ .

(٢) تذكرة الفقهاء ٥٦٩/١ .

وقد آثرت دراسته لا للاقتناع به بل توصلا إلى إيضاحه،ولأنى رأيت فيه صورة من صور خيار الشرط بفارق الثبوت حكما ، ويشبه فى هذا خيار الخلابة عند ابن حزم وهو خيار لمن يقول عند العقد:لا خلابة،كما سبق بيانه ، وما هو إلّا صورة من خيار الشرط لكنه حكمى النشوء.

المحتوى

رقم الصفحة

الجزء الأول

رقم الصفحة

الباب الأول
مباحث الخيار العامة
الفصل الأول
ماهية الخيار

الفصل الثانى
قاعدة الخيار وخصائصه

رقم الصفحة

الفصل الثالث

الموقع الفقهى للخيار

رقم الصفحة

الفصل الرابع

تمييز الخيار عن أشباهه

الباب الثانى

(زمرة) خيارات التروى

الفصل الأول

خيار المجلس

رقم الصفحة

رقم الصفحة

الفصـــل الثانى

خيـــار الرجوع

الفصل الثالث

خيـــار القبول

الفصل الرابع

رقم الصفحة

رقم الصفحة

الفصل الخامس

خيار الحيوان

الجزء الثاني

الباب الثالث

الفصل الأول




Bibliotheca Alexandrina
05757727